

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES DROITS DE LA FEMME

SUR

LES BIENS COMMUNS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 25 mai 1908, à 1 heure

PAR

Fernand COQUELLE

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris

Président : M. A. WEISS, professeur.

Suffragants : } MM. CHÉNON, professeur.
 GEOUFFRE DE LAPRADELLE, agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE DES FACULTÉS

A. MICHALON

86, Rue Monsieur-le-Prince, 26

1908

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES DROITS DE LA FEMME

SUR

LES BIENS COMMUNS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 25 mai 1908, à 1 heure

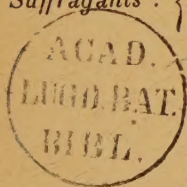
PAR

Fernand COQUELLE

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris

Président : M. A. WEISS, professeur.

Suffragants : } *MM. CHÉNON, professeur.*
GEOUFFRE DE LAPRADELLE, agrégé.



PARIS

LIBRAIRIE DES FACULTÉS

À. MICHALON

98, Rue Monsieur-le-Prince, 26

1908

INTRODUCTION

Depuis longtemps la femme n'est plus traitée en Occident comme un être de nature inférieure, objet de mépris et de pitié, qu'il faut asservir à l'homme. Cette sujétion injurieuse d'une créature humaine consciente devait, comme la notion de l'esclavage, subir le sort mérité de tous les préjugés antisociaux et être formellement désavouée par la civilisation moderne issue du christianisme. La femme est un être raisonnable et sensible qui ne se distingue pas dans son essence de l'homme ; elle possède une personnalité intellectuelle et morale complète, et comme sujet de droits elle doit être l'égale de l'homme. C'est cette capacité civile que les législations des divers peuples d'Europe et d'Amérique, suivant un progrès continu, ont fini par proclamer presque intégralement, sauf certaines divergences de détail. Vainement, au cours du xix^e siècle, quelques partisans attardés des vieilles idées d'avilissement et de réprobation se livrèrent contre les droits de la femme à

des attaques violentes. Le plus ardent de ces pamphlétaires misogynes fut le philosophe pessimiste allemand, Schopenhauer, dont la pensée tient tout entière dans cette phrase profondément irrévérencieuse : « La femme, écrivait-il, est un être à cheveux longs et à idées courtes, qu'il faut battre, bien nourrir et enfermer. » En France, Proudhon, anarchiste par le reste de ses doctrines, fut sur la question féminine le plus irréductible des conservateurs. Pour lui la femme, dépourvue de toute aptitude physique, intellectuelle et morale, n'était « qu'un moyen terme entre l'homme et l'animal ». Mais ces polémiques passionnées et ces diatribes amères ne réussirent qu'à provoquer le scandale, et ni Schopenhauer ni Proudhon ne firent école, pas plus d'ailleurs que le naturaliste Darwin et le philosophe Herbert Spencer qui professaient les mêmes théories. L'émancipation de la femme devait rester une conquête définitive du droit contemporain.

Mais si la femme, jeune fille, veuve ou divorcée, n'est plus astreinte dans les mœurs à une servitude brutale et en droit à une tutelle oppressive, la question change d'aspect et se pose en termes différents lorsqu'il s'agit de l'épouse. La femme n'est plus alors considérée comme une individualité indépendante, abstraction faite de toute chaîne sociale, mais comme une personne associée à une autre par ce lien si étroit du mariage, et forcément dans cette nouvelle

hypothèse sa liberté primitive ne peut plus être assurée d'une façon aussi absolue. Sur ce point spécial, la diversité des systèmes qui réglaient jadis la condition générale de la femme reparait, ou plutôt n'a jamais été abolie. En Portugal, par exemple, le régime légal est la communauté universelle et le mari conserve encore le droit de battre son épouse, tandis qu'en Angleterre la séparation de biens est depuis le bill du 18 août 1882 le régime de droit commun en même temps que la puissance maritale a totalement disparu.

En France il y a également contraste entre la situation de la femme célibataire et libre et celle de la femme mariée. La condition de celle-ci, relativement à ses droits pécuniaires, est très caractéristique et très simple : c'est l'inaction juridique presque absolue. L'épouse française ne peut plus dire comme autrefois la dame romaine : *facio quod volo*. Au lendemain de son mariage commence pour elle cette impuissance à former un lien de droit qui doit persister jusqu'à la rupture de son union. En principe son consentement est de par la loi frappé d'inefficacité. Jamais la femme ne peut sans l'autorisation de son mari ou, à défaut, sans l'autorisation du juge, s'obliger (art. 1124), ester en jugement (art. 215), donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux (art. 217). Cette inaction obligatoire, moins bien appelée incapacité, n'est sous la plupart des régimes

matrimoniaux qu'incommode, car la femme conserve néanmoins, comme un propriétaire ordinaire, la même somme de droits sur ses biens, et c'est uniquement leur exercice qui est soumis à l'autorisation du mari. Sous la communauté, au contraire, et en ce qui concerne les biens communs, l'effacement de la femme lui est vraiment préjudiciable, car elle est non plus seulement assistée de son mari mais remplacée par lui. Ce n'est donc plus une inaction, mais une abdication. Tous les droits de la femme sont dévolus sans contrôle et presque sans réserve au mari qui devient un maître avec pouvoir dictatorial. Il est en droit propriétaire de la moitié de la communauté à titre personnel, et il devient en fait propriétaire de la seconde moitié à titre de chef du ménage. La jouissance, l'administration, la disposition des biens communs, tout lui appartient. La femme, tant que dure la communauté, n'a qu'un droit théorique, conditionnel, une expectative que quelques auteurs comparent même au droit tout éventuel de l'héritier, et il semble bien que c'est par ironie que l'on a conservé le nom de communauté à cette singulière société où selon la fine remarque de Stuart Mill « ce qui est à moi est à toi, sans que ce qui est à toi soit à moi ».

A notre époque où tout est remis en question et soumis à une analyse impitoyable, cette centralisation à outrance et cette unification trop radicale sur-

prennent et irritent parce qu'elles n'ont été obtenues qu'aux dépens de la femme qui en reste la victime. Mais avant d'aborder l'examen de ces critiques actuelles, il importe d'observer que ce ne fut pas inconsidérément ou à titre de transaction que la communauté, avec sa forte puissance maritale, est devenue en France le régime traditionnel et national. L'Ancien Régime s'accommodait très bien de son organisation matrimoniale, car si l'on peut dire que les peuples n'ont que le gouvernement qu'ils méritent, il est également vrai d'ajouter qu'ils ne sont soumis qu'à la législation qui leur convient. Le droit n'est que la formule concrète de la philosophie sociale, la définition précise, pour un certain peuple et à une époque déterminée, du caractère général des mœurs de ce peuple, de ses conceptions doctrinales, de ses croyances et de sa civilisation. Or il est historiquement certain que les coutumes de l'Ancienne France répondaient à cette harmonie qui doit exister entre le droit et la pensée d'une nation.

D'abord l'organisation sociale tout entière était fondée sur le principe d'autorité et la théorie qui faisait dans le ménage une place si minime à la femme était en correspondance parfaite avec les institutions politiques, avec la hiérarchie des pouvoirs et les mœurs plus sévères d'autrefois. Mais surtout sous l'Ancien Régime, la femme n'avait pas la même place qu'aujourd'hui. Nous n'entendons pas dire que

cette place avait moins d'importance, au contraire elle apparaissait parfois souveraine ; mais elle était simplement différente. C'est principalement par l'esprit et par l'influence que la femme prenait rang dans le monde et qu'elle y jouait un rôle qui peut intéresser l'historien ou le moraliste, mais très peu le jurisconsulte. Tantôt elle tenait des salons littéraires, rendez-vous de l'élite intellectuelle et où s'improvisaient des maximes, des épigrammes et des madrigaux. Ou bien elle se jetait dans les coteries politiques et se faisait ligueuse sous Henri III et frondeuse sous Mazarin. Le plus souvent elle préférait le théâtre de la cour où son génie des intrigues pouvait s'exercer à son aise et sa coquetterie se ménager de faciles triomphes. Quelques-unes même ont joué d'une puissance secrète dans le conseil des rois qui presque tous ont eu une confidente et une inspiratrice. Or pour jouer ce rôle très complexe et très brillant, la femme ne trouvait aucune gêne dans son régime matrimonial, car en France tout système de réclusion analogue au gynécée grec ou au harem oriental eût paru une monstruosité. L'indépendance d'allures, de relations, était admise largement et cela suffisait. De même dans le peuple, la simplicité de la vie n'obligeait pas la femme à quitter son foyer et à devenir comme aujourd'hui un facteur de production. « Femme si doit garder l'hostel, le feu et les enfants », dit la Coutume de Bretagne et

c'est bien le sentiment général de l'époque : l'homme seul va travailler au dehors, la femme surveille la maison et les enfants, cuisant le pain, brassant la bière et lissant elle-même ses vêtements. Et si l'on ajoute que la richesse foncière dominait dans la composition des patrimoines ; que la fortune de la femme était souvent inférieure à celle de son mari, à cause des privilèges de masculinité et de la renonciation à succession ; que les aliénations immobilières étaient rares ; qu'elles ne se faisaient ordinairement qu'en échange d'autres droits réels qui devenaient par subrogation de nouveaux immeubles de communauté, il en résulte cette conclusion très certaine que la puissance maritale et le régime de communauté étaient alors admis comme des institutions très supportables et que la femme n'avait guère à souffrir de son incapacité.

C'est ce qui explique aussi que ces principes anciens ne furent guère discutés lors de la rédaction du Code Napoléon et qu'ils furent repris par l'article 1421 sans rencontrer d'opposition. Mais toute législation est relative et éphémère, et ce système matrimonial, à peu près irréprochable au XVIII^e siècle, connut bientôt le défaut des institutions immobiles que l'on néglige de renouveler : celui de n'être plus adéquat à l'évolution morale et économique de la société. Les choses ont pris à travers les vicissitudes et les changements du XIX^e siècle une physionomie nouvelle.

Sous l'influence du principe d'égalité que les Encyclopédistes, et la Révolution à leur suite, avaient fait prévaloir comme fondement de toute organisation sociale, on en vint rapidement à envisager comme une anomalie le pouvoir absolu du mari tant sur la personne que sur les biens de la femme. Ce n'est plus pour beaucoup que la dernière forme d'un despotisme contraire à leur idéal d'universelle égalité, et qu'il faut, sinon renverser, du moins fortement refréner. Les inconvénients de cet autoritarisme s'accrochèrent encore davantage, lorsque l'accroissement de la production ayant raréfié la main-d'œuvre les patrons sollicitèrent le travail de la femme et lui firent ainsi dans le ménage une nouvelle situation. Mais la plus profonde modification fut celle qui porta sur les rapports de fortune entre époux. Les richesses mobilières se sont multipliées à la suite du progrès de l'industrie et du rapide développement du commerce ; les valeurs de portefeuille constituent aujourd'hui la plus grosse part du patrimoine des particuliers, et comme c'est la qualité de biens meubles qui règle la composition de la communauté et les pouvoirs du mari, il en résulte un bouleversement général de notre système matrimonial.

Au début ce ne fut qu'un malaise latent, mal défini ; on ne se rendit pas bien compte de la transformation qui se produisait et dont on supportait les

inconvenients passivement. Les conséquences de cette évolution ne furent révélées dans toute leur étendue qu'à la suite du mouvement d'idées et de protestation créé par les partisans de l'émancipation féminine. — Le féminisme est d'origine assez récente ; il ne s'est affirmé vraiment qu'avec l'école saint-simonienne, aux environs de 1840. Le législateur révolutionnaire qui avait rédigé avec solennité la Déclaration des droits de l'homme, omit volontairement de proclamer les droits de la femme malgré les instances pressantes de Condorcet qui déclarait que toutes les libertés sont sœurs. Jusqu'ici la thèse féministe n'a reçu qu'un accueil assez froid du public, notamment du public féminin. Tantôt on la tient en suspicion parce qu'elle se présente avec des allures révolutionnaires qui effraient, ou bien on ne la prend pas au sérieux à cause de ses paradoxes. C'est qu'en réalité le féminisme est tout cela, et que, ne constituant pas une doctrine homogène, il permet toutes les extravagances. La première association féministe fondée en 1868, sous l'inspiration de M^{me} Louise Michel, affichait bruyamment des opinions anarchistes et anti-religieuses. Actuellement encore les groupes d'extrême-gauche de ce parti ont un programme entièrement socialiste et prêchent des théories subversives qui ne le cèdent pas en violence à celles de leurs coreligionnaires masculins. Ils s'insurgent contre toutes les institutions de la société et ils ont, dans

une série de congrès, demandé la suppression de la famille, la coéducation des sexes et l'union libre.

Le féminisme renferme également dans son sein des doctrinaires et des idéologues, pas du tout sanguinaires ceux-là et ne maudissant pas la société, mais qui rêvent l'égalité absolue des sexes et qui, s'inspirant non de la science juridique et historique mais uniquement d'un droit naturel de la femme, réclament systématiquement pour elle la liberté politique, civile, économique, en un mot, selon une formule qui leur est chère, son « émancipation intégrale ». Cette doctrine est plus qu'une utopie, séduisante mais pratiquement irréalisable, c'est un sophisme, car c'est confondre intentionnellement et de mauvaise foi égalité et identité. Tous les individus sont égaux, cela est évident, mais ils ont, considérés isolément, des aptitudes spéciales qui les destinent à des fonctions sociales différentes. La femme, par ses qualités d'esprit, par sa constitution physique, par cette faiblesse même qui fait son charme, ne pourra jamais prétendre dans la société au même rôle que l'homme. Si, en droit, plus d'activité est réservée à celui-ci, cela ne résulte pas, comme paraissent l'insinuer certains esprits chagrins, d'un accaparement inspiré par un sentiment de sot orgueil et maintenu par la force, mais parce que, en fait, l'activité de l'homme est plus considérable. L'assimilation absolue des sexes serait quelque chose d'artificiel qui ne

correspondrait plus à cette « nature des choses » dont parlait Montesquieu et que le droit a pour mission de respecter (1). Ce serait déféminiser la femme et en faire une mauvaise contrefaçon de l'homme, comme le disait justement l'une d'entre elles, réfractaire à toute entreprise excessive et qui, en faisant cette observation, prouvait déjà que le bon sens n'a pas de sexe. — D'ailleurs le féminisme ainsi compris procède de ces grands rêves de Justice absolue et de Bien-être universel épars dans la société contemporaine. Ces conceptions sont assurément généreuses ; on peut seulement se demander en vertu de quel miracle ou de quel procédé de magie, cette Cité future, cette République idéale, si dédaigneuse des contingences et des faiblesses humaines, pourrait se constituer et fonctionner. Voilà ce que l'on néglige de nous dire. A moins toutefois que ce ne soit par la seule magie des formules !

Mais le féminisme contient à la fois erreur et vérité, et à côté de ces esprits intransigeants il en est d'autres plus prudents, ou peut-être plus habiles, et qui assagis par l'expérience ne proposent que des

1. « Jamais je ne défendrai ce féminisme outrageant qui fait désertir le foyer, qui égare la femme sur ses tâches initiales et lui fait oublier ses devoirs maternels qui, pour celles qui en ont la joie, sont les premiers de tous » (M^{me} ALPHONSE DAUDET).

réformes modestes, fort raisonnables et entièrement justifiées par les événements. Nous aurons l'occasion de constater que le législateur a plus d'une fois écouté leurs doléances.

Le programme des féministes est donc très vaste, et, à défaut d'entente entre ses partisans, peu précis et souvent contradictoire. Mais il est un point sur lequel tous ses adeptes, avancés ou modérés, sont d'accord. Les principaux articles de leurs différents cahiers de revendications sont unanimes à réclamer la révision de notre constitution matrimoniale et surtout de la communauté, quand ils n'en demandent pas la suppression. Tous protestent contre la situation précaire et mal protégée de la femme commune, et vraiment ils ont beau jeu. Sous la précision de leurs attaques, toutes les transformations dont nous parlions précédemment ont été clairement exposées et les vices de notre système légal dénoncés. Cet état de choses a également ému bon nombre de jurisconsultes. Certains d'entre eux comme MM. Glasson, Boistel, Thaller, Saleilles et Tissier ont cherché des remèdes et proposé de nouvelles solutions. Il est nécessaire de sauver la communauté du discrédit, en partie justifié, qui la frappe et qui pourrait, par un brusque phénomène de réaction, entraîner sa ruine. Une réforme s'impose dont l'objet est de fortifier le droit de la femme et d'augmenter sa capacité. C'est cette étude que nous avons entre-

prise parce qu'elle était vraiment d'actualité (1).

Nous avons poursuivi dans notre travail un double but. D'abord exposer complètement le rôle sacrifié que l'ancien droit et son héritier direct, le Code Napoléon, ont imposé à la femme commune et faire ressortir l'étrangeté que présente cette société où l'un des associés est une personne incapable et dépendante tandis que l'autre centralise tous les pouvoirs et jouit d'à peu près tous les apanages du propriétaire : ce qui correspond à notre deuxième partie. Puis en regard nous avons essayé d'esquisser une législation réformée qui serait celle de l'avenir et qui forcément imparfaite, comme tout essai, a du moins le mérite appréciable de s'inspirer d'une meilleure idée de justice et d'être plus conforme à notre état social et économique. Cette réforme a pour but non la suppression de la communauté, mais sa restauration sur des bases plus larges, sur des principes mieux entendus ; son ambition est d'organiser une association plus naturelle et plus juridique où la femme posséderait enfin des droits actuels et actifs. Ce sera l'objet de notre troisième partie.

1. Ce qui d'ailleurs serait suffisamment démontré par ce fait que la Faculté de Droit de Paris a mis au concours, pour le prix du comte Rossi à décerner en 1908, le sujet suivant : « Des modifications à apporter au régime de la communauté d'après les enseignements de la pratique et de la législation comparée ».

Auparavant, dans une première partie, nous donnerons un aperçu rapide et précis de la condition de la femme dans la communauté au XIII^e siècle, non pas seulement afin de satisfaire une pure curiosité exégétique, mais surtout dans l'intention de fournir en exemple une législation foncièrement française et pour prouver que la réforme que nous proposons est loin d'être une innovation aventureuse, un saut dans l'inconnu, mais un retour aux saines traditions. Ce qui sera encore une manière de démontrer cette vérité d'apparence paradoxale : que le progrès pour le législateur consiste parfois à être rétrograde et conservateur. Le moyen âge est trop méconnu, trop calomnié, on le représente volontiers comme un siècle d'obscurantisme et de barbarie. C'est contre cette opinion trop répandue qu'il faut protester, car il est certaines institutions de cette époque qui sont bien supérieures aux nôtres par leur haute conception morale et leur souci scrupuleux de la dignité de chaque individu indistinctement.

Nous avons également attaché quelque importance aux influences qui ont précédé et marqué chaque étape faite par notre droit dans son évolution. Nous avons cru que le droit n'est pas une lettre matérielle classée sous un article de code, subitement incarnée le jour de sa promulgation et morte avec son abrogation. C'est dans l'esprit général d'une nation, dans son état social, dans les variations de ses opinions

qu'il faut étudier sa législation. Comme le disaient les juristes romains : « *Scire leges non hoc est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem*, connaître le droit ce n'est pas seulement posséder les termes des lois, mais en posséder l'esprit et la portée. » Or qu'est-ce que cet esprit sinon la résultante d'influences antérieures, avouées ou occultes. La loi n'est pas une abstraction, car si elle était cela, sa formule une fois trouvée devrait rester immuable et s'imposer à l'obéissance des peuples. Toute œuvre législative, même la plus théorique, reproduit fatalement les sentiments et les idées qui travaillent incessamment et transforment la société.

Il faut enfin justifier notre plan d'une incorrection apparente. Nous avons réuni sous un même titre le reste de l'Ancien Droit après le XIII^e siècle et le Code civil tel qu'il fut promulgué en l'an XII ; d'autre part nous avons classé sous un autre titre toute la législation postérieure à 1804 et les réformes que nous proposons ; et pour accentuer même matériellement cette distinction nous avons restitué au Code civil son véritable nom de Code Napoléon. On pourrait donc à ce sujet nous faire le reproche d'avoir abandonné arbitrairement la division chronologique habituelle qui consiste à envisager une question de droit successivement dans sa forme passée, puis dans sa forme présente et enfin dans sa forme future. Nous nous sommes en effet écarté de cette tradition

d'école, en scindant notre législation actuelle et vivante en deux fractions, dont l'une est rattachée à une législation morte et l'autre à une législation hypothétique. Mais ayant surtout étudié notre droit au point de vue des influences, il nous a paru que cette répartition, au premier abord irrationnelle, s'expliquait logiquement et s'imposait. Il y a en effet affinité naturelle et même — bien qu'il faille sur ce point, nous le verrons, lutter contre des opinions très accréditées — similitude complète entre notre Code et l'Ancien Droit. Leur esprit et leurs solutions sont identiques : on ne peut donc les séparer. Par contre toutes les réformes ultérieures, qui se sont succédé depuis la rédaction du Code, ne sont que le point de départ d'une nouvelle orientation législative, consécutive à une autre orientation économique et sociale. Nous ne pouvions donc mieux faire que de compléter toutes ces réformes partielles et imparfaites par l'exposé d'une réforme générale et définitive qui serait ainsi le digne couronnement de cette évolution.

PREMIÈRE PARTIE

TRÈS ANCIEN DROIT

CHAPITRE UNIQUE

La femme dans la communauté au XIII^e siècle.

La première période de l'histoire de notre droit matrimonial est courte, obscure, mais très intéressante par son caractère. En effet nos ancêtres avaient du premier coup, en traduisant simplement en règles juridiques leurs mœurs chevaleresques, conçu un système harmonieux et juste qui sert aujourd'hui encore de modèle aux réformes si timidement réalisées. Au XIII^e siècle le mariage est compris comme une association naturelle entre deux ayants droit égaux qui conservent dans leur union leur capacité respective. Le mari n'a sur les conquêts qui sont la principale richesse de la communauté aucune pré-

rogative exorbitante. La femme, bien que soumise à son autorité, à sa « poeste », dans l'administration des biens et dans la conduite des affaires, possède au foyer domestique une influence prépondérante ; nulle déchéance ne la frappe, c'est une associée subordonnée mais non inférieure. C'est ce principe étonnant, unique dans l'histoire de notre droit, que consacre la Très ancienne Coutume de Bretagne (n° 211) : « La femme est aussi grande par coustume en ce que son mari acquiert durant le mariage entre eulx comme est le mari. »

Ces pouvoirs très étendus que les coutumes reconnaissent à la femme sont de deux sortes : les uns négatifs, en ce sens qu'ils sont surtout des obstacles à toute entreprise du mari qui compromettrait la part de copropriété de son épouse — les autres actifs et qui permettent à la femme de se conduire en véritable associée.

Le mari, en dehors de ses opérations d'administration, doit toujours s'assurer du concours de sa femme. Il peut à son gré disposer des meubles et des fruits des héritages qui sont considérés comme des valeurs peu appréciables, mais il ne lui est pas permis de dissiper le fonds des conquêts. Le livre de Jostice et de Plet est formel sur ce point, 5, § 2 : « Li doeres ne peut estre encombriez, ne l'éritages à la feme, ne sa part des conqueuz, s'ele ne l'octroie. » Le mari n'a de droit absolu que sur sa part ; quant

à la part de sa femme, il en jouit, mais ne peut l'aliéner qu'à titre temporaire. Une fois l'union dissoute, la femme, si elle n'a pas parlé à l'aliénation, peut revendiquer toute la portion qui lui revient et qui est sortie de la communauté : « Mais elle le peut rappeler après sa mort, fors en meubles » (Jostice et Plet, *loc. cit.*, § 4). De cette protection rigoureuse dont jouissaient les droits de la femme on peut conclure que chaque conquêt constituait plutôt un propre par moitié qu'un véritable bien de communauté.

L'aliénation indirecte sous forme d'obligation était également interdite au mari qui ne pouvait affecter les immeubles communs au droit de gage de ses créanciers. On néglige ordinairement cette question, sous prétexte qu'à cette époque les immeubles ne répondant pas des dettes, les conquêts se trouvaient par suite de cette circonstance protégés contre toute spéculation. Mais cette prétendue immunité des immeubles n'a jamais été absolue. Le seul privilège dont ait joui le débiteur relativement à ces sortes de biens était de pouvoir invoquer, lors des premières poursuites, quelque chose comme un bénéfice de discussion. Il avait la faculté de refuser d'aliéner ses immeubles tant que ses meubles et les « despueilles de ses héritages » étaient suffisants pour satisfaire son créancier. Mais si leur insuffisance résultait des comptes de liquidation, les immeubles devenaient alors le gage du créancier, et c'est cette éventualité

qu'il nous faut envisager. Les textes ne donnent pas de réponse directe. Cependant il semble certain que les créanciers ne pouvaient s'emparer des conquêts d'une façon définitive. En effet, le principe protecteur qui déclarait « la femme aussi grande que l'homme » eût été illusoire, si le mari incapable de disposer des conquêts à bail ou à cens, avait pu par voie oblique menacer les immeubles d'une espèce d'aliénation conditionnelle. D'autre part la femme avait la faculté, pour se décharger du passif de la communauté, de renoncer aux seuls meubles. Or, il n'y aurait eu là aucune faveur pour la femme, si elle devait néanmoins, même après renonciation, répondre des dettes sur la portion d'immeubles qui lui était attribuée. Enfin, lorsque l'homme commettait un « meffet ou une forfeture », il n'était responsable que sur sa part de conquêts (1). Et cependant ces obligations étaient autrement redoutables et devaient réclamer une sanction bien plus sévère que celles résultant de contrats ordinaires. La démonstration paraît donc faite que le mari ne pouvait endetter les conquêts.

Mais la femme n'avait pas, en ce qui concerne les biens communs, que ce droit de *veto* ; elle possédait aussi des droits actifs. D'abord elle pouvait, lors-

1. BEAUMANOIR, Coutumes de Beauvoisis. Chap. XXX, § 99, Édition du comte Beugnot, 1842.

qu'elle faisait des achats nécessaires aux besoins du ménage, disposer des deniers communs et les engager. Des théoriciens scrupuleux n'avaient pas encore imaginé cette fiction, si contraire aux faits, du mandat tacite. La femme pour toutes ces opérations modestes obligeait le mari et s'obligeait elle-même. Ensuite il était admis que les délits de la femme retombaient sur la communauté. Cette disposition était tellement grave qu'on essaya de la justifier en invoquant la responsabilité personnelle du mari (1). Celui-ci, dit-on, est civilement responsable des délits de sa femme comme un père répond des méfaits de son enfant en bas âge. Il aurait dû châtier son épouse et l'empêcher de mal faire : *Quia retinere et castigare uxorem debet* (2). Enfin chaque fois que le mari, par suite de son absence ou de son incapacité, ne pouvait remplir ses fonctions de « maistre », la femme était immédiatement investie de tous les droits et actions de la communauté. Et le cas était fréquent à cette époque de croisades et de guerres lointaines. La femme pouvait alors engager la « compagnie » comme le mari sans autorisation de personne. Et cela, il faut surtout le remarquer, en vertu d'un droit propre et non d'une idée de mandat. La femme était

1. BEAUMANOIR, Chap. XXX, § 55.

2. D'ARGENTRÉ, Sur l'anc. Coutume de Bretagne, art. 423, glose 2, n° 5.

chef de communauté par intérim et le mari n'était pas recevable ensuite à protester contre ses actes. L'étendue de ces pouvoirs exceptionnels devait probablement se restreindre aux meubles et fruits communs ; les textes n'en parlent point. Néanmoins cette dévolution de fonctions est trop remarquable et fut trop vite répudiée pour qu'elle ne soit pas mentionnée. Et même certains textes poussent cette notion de société si loin qu'ils reconnaissent encore à la femme le droit d'obliger le mari sans autorisation quand sa dette est motivée par une juste cause (1).

Si la femme avait ainsi le privilège de ne voir aucun de ses droits sacrifié au profit de son époux, il est pourtant des cas où certaines protections qui lui furent reconnues par la suite n'existaient pas encore en sa faveur. Mais on ne peut en faire des exceptions aux principes que nous venons d'exposer, car elles résultent soit de considérations spéciales, soit du faible développement des doctrines juridiques.

Des considérations spéciales expliquent l'interdiction qui était faite à la femme de disposer sans autorisation par testament de sa part de conquêts. En réalité il n'y a pas en ce sens de texte explicite et Beaumanoir laisse la question imprécise ; mais l'existence de cette prohibition paraît très vraisemblable.

1. Assises de Jérusalem. Chap. 191.

Le testament était une innovation toute récente chez les Francs ; ils n'adoptèrent qu'avec défiance un acte qui pouvait disperser les biens de famille. De la part de la femme surtout on devait le considérer comme une atteinte à la puissance maritale, puisqu'il était fait durant le mariage et qu'il menaçait le mari d'une demande en partage venant d'héritiers étrangers. On devait donc refuser à la femme la faculté de tester seule. Et cette supposition trouve sa confirmation dans quelques actes testamentaires qui nous sont parvenus et qui tous ont été rédigés par des femmes avec le concours de leur « baron » (1). Il existe notamment un testament très détaillé de l'an 1276, fait par Jeanne, comtesse de Ponthieu, avec l'assentiment de son seigneur Jehan de Nesle.

D'autre part le faible développement des doctrines juridiques n'avait pas encore fait épanouir cet ensemble de précautions, de privilèges et de recours que le droit postérieur devait prodiguer en faveur de la femme. C'est pourquoi il n'y avait pas d'hypothèque légale, d'importation romaine ; pas de séparation de biens (2) ; pas de récompenses ; enfin pas

1. Chancelleries de Sens et d'Auxerre ; testament de Dame Mabille de Bessi (1260). *Bull.*, 1884, pag. 248 et testament de Hodeardis (1254). *Bull.*, 1884, pag. 246.

2. L'opinion contraire a été défendue par M. Viollet (*Histoire du droit*, 2^e éd. pag. 790, 3^e éd. 1905, pag. 843). Mais

d'autorisation de justice suppléant en cas de refus l'autorisation maritale, celle-ci est absolue et ne souffre pas de partage : *Vivente marito suo, in cujus potestate et custodia erat, non potuit reclamare* (1).

Ce droit coutumier si libéral et si équitable ne laisse pas de surprendre chez un peuple qui se dégage à peine des grossières enveloppes de la barbarie et à cette époque du plein moyen âge où l'énergie physique est la seule puissance et où règne la féodalité qui est bien l'organisation politique la plus contraire à l'égalité. Tout chez les Francs concourait précisément à établir un système basé sur la force. Aussi faut-il rechercher quelle fut l'influence extérieure et souveraine qui inspira ce régime parfaitement équilibré qui ne se retrouva jamais plus.

Or il paraît évident, pour tout esprit attentif et impartial, que cette idéalisation si remarquable de notre coutume matrimoniale a été l'œuvre presque exclusive du christianisme (2). L'influence religieuse

le texte invoqué (Assises de Jérusalem, cour des Bourgeois. Chap. 171 et 172) n'est pas probant. Il n'a en vue que d'établir des mesures conservatoires destinées à assurer le douaire de la femme en cas de survie.

1. OLIM. Tome I, p. 496, n° 6.

2. Cette idée a été longuement développée par M. Lefebvre, dans son cours de doctorat 1906-1907, et sa démonstration faite avec beaucoup de science et de conviction paraît concluante.

sur cette partie de notre droit n'est pas discutable ; ce qui l'est, c'est seulement le degré d'action exercée par elle. Les uns n'y voient qu'une sorte d'ambiance favorable à l'éclosion de principes nouveaux, mais qui viennent d'ailleurs, soit de la Gaule, soit de la Germanie, soit d'institutions particulières et régionales qui finirent par se généraliser. Mais il nous paraît plus conforme aux faits historiques d'attribuer à l'enseignement chrétien la direction prépondérante des esprits. Le christianisme en effet n'est pas une doctrine philosophique réservée aux subtils et aux sages, mais une vie. Sous son influence la société s'est transformée et ce fut lui qui prépara et suscita la communauté du XIII^e siècle, non seulement par son atmosphère morale épurée, mais surtout par les principes positifs et nets qu'il fit admettre directement et triompher. La religion était au moyen âge, en l'absence de toute philosophie, la seule éducatrice des consciences, et puisque, à cette époque, les consciences et les esprits créaient seuls le droit coutumier, on peut dire que la religion dicta le droit. Et elle dicta avec d'autant plus de persuasion et d'autorité notre législation conjugale que celle-ci a toujours reflété fidèlement les évolutions des croyances et qu'elle s'est constamment élaborée sous la seule action des habitudes familiales, en dehors de toute conception abstraite du droit. Cette hypothèse sur la genèse de notre droit matrimonial se trouve

confirmée par un argument d'analogie et par des preuves directes.

La doctrine évangélique a renouvelé le monde moral après la chute de la civilisation romaine (1). Elle a d'une façon générale relevé la condition de la femme, en prêchant l'égalité des sexes ; elle a appris à l'homme que son épouse était semblable à lui *et similiter tibi*. Le christianisme a inspiré un art nouveau, précipité sur l'Orient les expéditions audacieuses des Croisés et provoqué cette institution qui a porté si haut le culte de la femme : la Chevalerie ; il serait donc illogique d'arrêter son influence si universellement pénétrante aux limites mêmes du domaine du droit. Il n'y a pas incompatibilité, car ne voit-on pas, dans la catholique Espagne, le Code national, le « Fuero juzgo », être l'œuvre des évêques espagnols réunis à Tolède et si imprégné des préceptes chrétiens qu'il fait dépendre la capacité civile du baptême. Et en France même, n'est-ce pas de la juridiction ecclésiastique que relevaient toutes les causes concernant le lien conjugal que le Christ avait élevé à la dignité d'un sacrement. Et puis comment s'étonner du triomphe complet de l'influence chrétienne sur des peuples frustes, aux enthousiasmes faciles et durables, aux coutumes incertaines qui suivaient les variations des mœurs, alors qu'à Rome les enseigne-

1. THIERS. Discours sur la question romaine, 1865.

ments des Pères de l'Église parvinrent à faire introduire tant de modifications dans des principes juridiques tout autrement robustes, presque millénaires et consacrés par des générations de jurisconsultes. Cet afflux d'idées nouvelles altéra si profondément certaines institutions romaines que le droit de Justinien, en face du droit classique et même du droit prétorien, paraît être parfois une législation étrangère.

Enfin la similitude qui existe entre les textes sacrés et les dispositions coutumières est frappante et doit s'expliquer autrement que par une coïncidence curieuse. Il est impossible de citer tous ces textes, ils sont légion. Voici seulement les plus expressifs, ceux qui contiennent en germe la communauté et qui établissent la puissance maritale dont ils font une espèce de sacerdoce, et non une tyrannie comme chez certains peuples barbares.

C'est d'abord la proclamation par les Livres Saints d'une association intime, dans un foyer indépendant : *Propter hoc dimittet homo patrem et matrem, et adhærebit uxori suæ et erunt duo in carne una* (Évangile de la messe de mariage (1)). — C'est aussi la reconnaissance du droit égal de la femme, de son rôle de collaboratrice : *Faciemus adjutorium simile sibi*. (Genèse). — Puis c'est surtout l'établissement de la puissance maritale, tempérée par l'amour et guidée par

1. SAINT MATHIEU, XIX, verset 5.

la foi²: *Sub potestate viri eris et ipse dominabitur tibi* (Genèse). — *Viri, diligite uxores vestras, sicut et Christus dilexit Ecclesiam* (Épître de la messe de mariage (1)). — Ce sont ces enseignements sacrés qui, organisés et érigés ensuite en principes de droit, nous ont donné notre coutume matrimoniale : c'était l'Évangile se faisant Code, la religion devenant loi sociale. En effet, comme pour attester matériellement l'adaptation des actes juridiques aux préceptes religieux, un nombre incalculable d'actes, de formules et de chartes du moyen âge nous ont été conservés, dans lesquels les conventions matrimoniales sont précédées de longues citations des Livres Saints (2). Et la loi des Wisigoths n'est-elle pas catégoriquement affirmative, lorsque, ayant à organiser la puissance maritale, elle la justifie en disant qu'elle est imposée par l'Écriture Sainte: *Vir qui uxorem suam secundum Sanctam Scripturam in potestate habet* (C. Euric, n° 323). Voilà qui prouve surabondamment les rapports de causalité qui existent entre la doctrine chrétienne et nos principes coutumiers (3).

1. SAINT PAUL, Epist. ad Ephesios, chap. V, § 25.

2. Exemp. dans Zeumer. *Form. extravag.*, p. 542.

3. A la vérité on fait une objection. Plus tard au xvi^e siècle, l'Église a contribué à faire considérer la femme comme un être dangereux et faible. Il y a donc là contradiction, car il faudrait admettre « qu'à deux époques successives l'Église a eu une influence absolument opposée ». Cette difficulté sera résolue dans notre deuxième partie.

On pourrait se demander si l'influence du christianisme fût unique et si le génie franc ne contribuât pas également à faire accorder à la femme ce rôle très actif qu'elle joue dans la communauté. Mais les coutumes franques ne furent en cette matière qu'un très faible précédent, car sans aller jusqu'à admettre la théorie universellement répandue du *mundium* marital, il est incontestable que la femme ne jouissait pas, en Germanie puis en Gaule, d'une plénitude de droits. L'égalité était loin de régner dans les successions et surtout dans la pratique, parmi ces hordes barbares où possédait seul une véritable personnalité juridique celui qui pouvait chevaucher et tenir une épée. Les principes germaniques n'admettaient pas l'incapacité de la femme à cause de son sexe, mais ils établissaient l'assujettissement de la femme à cause de sa faiblesse. Tout ce dont la femme est redevable aux Francs, c'est ce qu'il n'y eut pas chez eux d'opposition théorique à son émancipation. Il régnait même parmi ce peuple une superstition qui, selon Tacite, attribuait à la femme une sorte de prescience divine et d'influence surnaturelle sur les destinées humaines.

Mais il est une législation dont on s'étonne de ne pas trouver la trace dans le droit matrimonial du ^{xiii}^e siècle. C'est le droit romain. A l'époque des invasions le droit romain était le droit commun de la Gaule. C'est alors qu'aurait dû s'appliquer cette loi que lors-

que deux peuples sont en présence, le plus civilisé, fût-il vaincu, impose à l'autre sa civilisation. Mais ce phénomène habituel des conquêtes, observé après l'annexion de la Grèce et aussi de la Gaule, ne se produisit pas lorsque Rome à son tour fut vaincue. Cette dérogation aux principes sociologiques s'explique d'abord par la résistance passionnée que les Francs opposèrent à tout ce qui était romain. Ils repoussèrent la civilisation romaine en bloc, parce que sur certains points elle était décadente et immorale. Ils tuèrent les jurisconsultes romains parce que la vraie science juridique ne leur apparaissait que comme une subtilité et une chicane qui répugnaient à leur franchise. D'ailleurs cette société nouvelle et naïve ne pouvait comprendre les abstractions savantes du droit romain. D'autre part sur le terrain du mariage, le droit romain, travaillé par les mêmes influences, n'opposait plus ses doctrines intransigeantes ; il devenait le complice de toutes les nouvelles réformes. Sans doute ce n'était pas la législation renouvelée de Justinien qui se trouvait en vigueur dans les Gaules, mais le code Théodosien n'a-t-il pas passé dans le Bréviaire d'Alaric et dans la *lex romana Burgundionum*, et ce code ne comprend-il pas les célèbres constitutions, d'un caractère parfois si violemment novateur, promulguées par Constantin.

En résumé, au XIII^e siècle, l'association conjugale

s'inspire franchement de la doctrine chrétienne et s'organise en une société active dans laquelle la femme collabore et s'oblige comme une associée égale. On ne s'inquiète nullement si ce régime a des désavantages, gêne les transactions et donne à la femme une part trop forte dans la gestion des biens communs. Mais dès la fin du xiv^e siècle cette conception cède la place à l'idée d'un mariage à la romaine ; au lieu d'un principe d'association, c'est maintenant celui d'autorité absolue qui devient et reste le fondement de notre régime matrimonial de droit commun. C'est cette évolution qu'il nous va falloir étudier.

DEUXIÈME PARTIE

ANCIEN DROIT ET CODE NAPOLÉON

CHAPITRE PREMIER

Principes.

Dans une étude générale du droit français, la meilleure méthode de travail serait incontestablement d'affecter deux titres distincts à l'ancien droit et au Code Napoléon, car ces deux législations correspondent à deux cycles différents et originaux qui se succèdent sans se confondre. Le Code Napoléon, tout en restant fidèle à l'esprit des coutumes, a heureusement corrigé et amélioré celles-ci, sous l'influence du droit romain et des idées révolutionnaires. Des théories uniformes et logiques ont remplacé les multiples conceptions de l'ancien droit, obscures et contradictoires. Le formalisme a disparu, le droit successoral

s'est simplifié et surtout la loi a perdu toute trace de la hiérarchie féodale des personnes et des terres. Mais cette transformation ne fut pas générale et en ce qui concerne la situation particulière de la femme dans la communauté, l'examen des textes et des décisions de jurisprudence semble bien condamner toute distinction. Il n'y a eu aucune rupture de doctrine, aucun perfectionnement de système ; le Code Napoléon s'est montré le continuateur scrupuleux des coutumes réformées qu'il reproduit exactement, sans faire de création nouvelle. Distinguer serait donc se répéter.

Pourtant jusqu'ici la presque unanimité de la doctrine a maintenu l'opposition entre ces deux périodes, en s'appuyant sur un argument qui paraît péremptoire. Comme nous le verrons bientôt, l'idée de franche communauté qu'avait adoptée le XIII^e siècle, avec égalité de droits entre les époux, n'a pas persisté. Sous l'action du droit romain, on a dépouillé la femme de tous ses droits et augmenté en proportion ceux du mari, qui est ainsi devenu le directeur souverain de la communauté. Les auteurs dont nous combattons l'opinion envisagent alors l'ancien droit après son évolution, comme s'il était résumé dans cette phrase célèbre de Dumoulin, passée en proverbe : *Uxor non est prope socia, sed speratur fore*. Et à ce texte qui fait de la femme seulement une associée future et non actuelle, *potius in habitu quam in actu*,

ils opposent les travaux préparatoires (1), l'esprit du Code Napoléon et de nombreux articles (2) qui indiquent clairement que la femme est désormais une associée actuelle. De ce rapprochement significatif ils concluent que le Code Napoléon a répudié les théories trop absolutistes de l'ancien droit, qu'au système du mari seul propriétaire de la communauté il a substitué la doctrine nouvelle et plus équitable de la copropriété entre époux. Il serait, dit-on, déraisonnable de le nier.

Nous ne songeons pas à nous rallier à l'opinion de Toullier (3) qui enseignait que la doctrine de Dumoulin était toujours celle du Code. Il paraît certain que le législateur de 1804 a eu l'intention d'innover, les articles précédemment cités en font foi (4). Mais

1. Rapport de Siméon au Corps législatif. FENET, XIII, p. 815.

2. Art. 1422 (prohibition de certaines donations). Art. 1437 (récompenses lorsque le mari retire un profit personnel de la communauté). Art. 1443 (séparation de biens). Art. 1492 (la femme renonçante perd toute espèce de droit sur la communauté).

3. Tome XII, 75 à 81, et aussi LAURENT, XXI, n° 197. RODIÈRE et PONT. *Traité du contrat de mariage*, tome I, 296.

4. Toutefois afin de prouver que le problème n'est pas encore définitivement résolu et que la confusion qui règne en cette matière est loin d'être dissipée, certains tribunaux rendent parfois des décisions qui sont la traduction fidèle de l'adage de Dumoulin. Ainsi: Tribunal de Colmar, 25 février

si, négligeant les intentions du législateur, on examine la législation, on est forcé d'admettre que le Code Napoléon n'a qu'en apparence restreint les pouvoirs du mari. Celui-ci ne porte sans doute plus le titre de « Seigneur et Maître » que lui donnait la coutume de Paris, mais qu'importe le nom si les pouvoirs sont à peu près les mêmes. On pourrait croire en effet que le Code Napoléon, en déniait formellement au mari tout droit de propriété absolue, allait condamner les anciennes solutions coutumières. Et c'est ce point que nous voulons tout particulièrement mettre en relief, car s'il est vrai que l'ancien droit et le code ont eu des conceptions divergentes, c'est dans l'organisation des pouvoirs conférés au mari qu'on doit en trouver la preuve. Or il n'en est rien et par une étrange anomalie, au moment même où le législateur adopte cette idée nouvelle que le mari n'est plus seul propriétaire des biens communs, il lui restitue sous le nom de pouvoirs d'administration les anciens droits qu'il possédait sur la communauté. Il peut toujours comme jadis en jouir et en disposer à son gré. Une seule règle

1857, D. 57. 2. 88 et Cour de Chambéry. 6 mai 1885, D. 86. 2. 33.— De même les travaux préparatoires que l'on invoque sont pleins de contradictions; le rapport de Duveyrier au Tribunal (FENET. XIII, 675) dit sans ambages que « la femme n'a pas de droits tant que dure la communauté ».

est d'allure restrictive, et c'est elle que l'on invoque habituellement pour justifier une antithèse entre les deux périodes. Dans l'ancien droit (coutume de Paris, article 225) le mari pouvait aliéner les biens communs à titre gratuit, désormais l'article 1422 le lui défend. Voilà donc, dit-on victorieusement, une conséquence pratique du changement de principe.

Mais, à la réflexion et en s'en référant à l'ancienne jurisprudence, il est facile de se convaincre que les deux législations sont sur ce point encore identiques. Il est inexact de dire que jadis toutes les donations étaient permises et qu'actuellement elles sont toutes interdites. La vérité, c'est qu'aujourd'hui comme autrefois les dispositions à titre gratuit ne sont autorisées que suivant une mesure sensiblement la même. L'article 225 de la coutume de Paris, qui exprime la règle générale, permettait bien en principe toutes les donations, mais il y avait ajouté ce correctif d'une extrême importance : qu'elles ne devaient être faites qu'à « personne capable et sans fraude ». Et les Parlements s'emparant de cette réserve en étaient arrivés, par une jurisprudence devenue progressivement plus sévère, à annuler toute donation suspecte. C'est ainsi qu'étaient réputées frauduleuses et par conséquent non valables : les donations faites par le mari à ses héritiers présomptifs ; celles faites aux bâtards ; celles qui paraissaient excessives, c'est-à-dire portant sur l'universalité de la communauté ou sur une quote-

part; enfin celles qui étaient faites à la veille de la mort de la femme. De cet ensemble de décisions se dégage un état de droit qui ne diffère pas beaucoup du nôtre, même dans ses détails. La seule innovation qui s'est produite a plutôt un caractère théorique. En effet les restrictions relatives à la fraude, issues seulement d'un développement de jurisprudence, avaient donné lieu jadis à des procès sans nombre, à des difficultés de preuve et surtout à des interprétations délicates et contradictoires. Le Code Napoléon a simplement voulu mettre fin à toutes ces obscurités en recourant à de meilleures définitions, qui simplifieraient la tâche du juge et délivreraient les particuliers de toute incertitude. Dans ce but il a précisé dans l'article 1422 quelles seraient les donations considérées comme faites en fraude des droits de la femme. Tout le changement réside donc dans la substitution de présomptions légales claires à des présomptions de l'homme toujours douteuses.

Il faut en outre remarquer que toute donation n'est pas interdite par le Code Napoléon. L'article 1422 permet en effet au mari de disposer à titre gratuit des effets mobiliers de la communauté, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit et que la donation ne porte pas sur l'universalité ou sur une quotité du mobilier. Il est même certaines donations qui sont devenues actuellement plus faciles que dans l'ancien droit : le Code Napoléon en rangeant parmi

les meubles certaines catégories de biens qui autrefois étaient classés parmi les immeubles, tels que les offices et les rentes, en autorise l'aliénation à titre gratuit presque sans réserve.

Quelques auteurs, soucieux de la contradiction qui existe entre le principe de copropriété admis par le code et cet autre principe de l'autoritarisme tyrannique du mari, ont cru trancher définitivement la difficulté, en expliquant de la façon suivante la situation de la femme. Celle-ci en se mariant, disent-ils, remet à son mari pour un temps indéterminé l'exercice de son droit de copropriété sur les biens communs, mais elle n'abandonne pas le droit lui-même. On ne peut incriminer cette définition qui est juste, mais elle n'est en réalité qu'une argutie juridique. Toute la discussion au fond se ramène à une querelle de mots, car dire avec l'ancien droit que la femme n'est pas copropriétaire, ou déclarer avec le Code Napoléon qu'elle est bien copropriétaire, mais que son droit est suspendu, neutralisé, c'est en réalité admettre malgré l'antithèse des expressions une solution identique.

Il est d'ailleurs inexact de prétendre que l'ancien droit affirmait d'une façon précise le droit de propriété du mari sur toute la communauté, et on exagère la pensée de Dumoulin lorsqu'on interprète sa phrase dans ce sens. Dumoulin voulait seulement trouver une expression juridique déterminant la situa-

tion de la femme qui, durant le mariage, ne pouvait engager la communauté envers ses propres créanciers ni être poursuivie par les créanciers du mari ; dans l'esprit de Dumoulin sa phrase était plutôt une comparaison qu'une définition rigoureuse. Et certains auteurs qui ne sont peut-être pas des dissidents, comme on le prétend, expliquent très bien que « si le mari est seigneur et maître des conquêtes immeubles, il n'en est pas propriétaire, si ce n'est de la moitié seulement » (Laurière).

De toute cette discussion il ressort que l'ancien droit et le Code Napoléon se confondent en fait dans un principe commun qui peut se définir ainsi : le mari a sur la communauté un droit intermédiaire, plus voisin de la propriété absolue que du pouvoir d'administration ; par conséquent la femme est toujours une associée, mais une associée dont la plupart des droits sont méconnus. Nous concédons d'ailleurs volontiers que le législateur de 1804, comme on l'admet généralement, a eu le dessein d'opérer une réhabilitation de principe ; mais celle-ci ne fut qu'une satisfaction platonique accordée à l'équité et les faits prouvent qu'elle n'eut aucune conséquence pratique et qu'aucun changement notable n'en est résulté.

Après avoir essayé de justifier notre tentative d'assimilation, il convient de rechercher sous l'empire de quelles influences la communauté du xiii^e siècle

a évolué. — Au xvi^e siècle la République libérale et égalitaire qui avait présidé aux destinées du foyer conjugal, et avait habilement ménagé les droits de la femme et les pouvoirs du mari, sans violer les uns et sans trop affaiblir les autres, fit place insensiblement à une royauté despotique qui rompt l'équilibre des droits et des pouvoirs. Cette transformation ne s'est pas accomplie sous l'influence de considérations économiques. L'ancien droit s'est montré très dédaigneux de cette science qu'à la vérité il ignorait, puisque ce fut seulement dans ses dernières années que quelques esprits commencèrent à s'en préoccuper. Aussi nombre de concepts juridiques de cette époque vont-ils directement à l'encontre des plus élémentaires principes d'économie politique. Tels sont les substitutions fidéicommissaires, les droits de parcours et de vaine pâture, les bans de vendange, les droits de douane souvent exorbitants perçus aux confins de chaque province, les cens et les surcens qui s'accumulaient sur les immeubles et qui obligeaient le plus souvent le tenancier à déguerpir. Si quelquefois des dispositions juridiques eurent leur cause dans des considérations étrangères au droit, celles-ci sont, soit religieuses comme nous avons eu déjà l'occasion de le remarquer, soit politiques comme celles qui inspirèrent le droit d'aînesse, les majorats et tout le droit pénal. Mais en aucun moment on ne vit une notion purement économique prendre place dans le

cadre du droit et exercer une action modificatrice sur les coutumes.

L'influence décisive, irrésistible, mais non unique, vient de la propagation du droit romain que l'on étudie avec fanatisme. Comme l'art et la littérature, le droit a subi en France l'influence de l'antiquité païenne; il eut lui aussi sa Renaissance et sa Réforme. Les sentiments de répugnance manifestés par les Francs contre le droit romain ne persistèrent pas. Celui-ci, après le xii^e siècle, prend avec l'école d'Irénéus à Bologne un formidable essor et envahit la France où il est partout enseigné. Les jurisconsultes négligent les coutumes nationales; elles sont trop flottantes et ne correspondent plus à leur goût pour la méthode et les classifications rigoureuses. Le droit romain au contraire leur offrait tout cela dans les compilations du vi^e siècle et ils furent séduits par sa précision presque mathématique, par son ensemble de formules qui se déduisent et s'enchaînent logiquement. Aussi s'empressent-ils d'étudier cette législation qui leur paraît parfaite avec un enthousiasme dénué de toute érudition et de toute critique (1). Dès lors la coutume ne fut plus que le « droit haineux » et le droit romain « la raison écrite ».

1. Leur ignorance historique est profonde. L'un d'eux, Bouteiller, I, 98, explique que le Velleien est une disposition édictée par l'empereur Velleien et concernant le douaire.

Cette nouvelle orientation scientifique devait profondément modifier notre droit. L'autorité des lois romaines s'imposa comme un nouvel Évangile et l'on sait quelle force avaient sur les esprits du moyen âge les textes anciens : un texte, une *auctoritas* valaient mieux que toutes les raisons. Aussi les vieux légistes n'hésitèrent-ils pas à chercher des principes directeurs dans le droit matrimonial romain ; et c'est là un phénomène singulier : les romanistes du xiv^e siècle essayant de découvrir dans les *Pandectes* « le secret d'institutions que Rome n'avait jamais connues ». Pour parvenir à ce résultat d'apparence illogique ils firent un double travail de transposition.

La puissance maritale était sans doute inconnue des Romains et la matrone romaine jouissait vis-à-vis de son mari d'une indépendance absolue. Mais cette autorité, dont le mari était dépossédé, était dévolue à la loi qui restreignait dans des limites très étroites le domaine où l'activité de la femme pouvait s'exercer. C'est ainsi que les jurisconsultes traduisirent des textes nombreux parlant de l'*imbecillitate sexus*, de la *levitate animi* ; ils commentèrent également les lois somptuaires et la loi Voconia, et surtout ils glorifièrent le S. C. Velleien et l'authentique *Si qua mulier*. S'inspirant de ces textes, les légistes considérèrent la femme comme une mineure frappée d'une véritable incapacité légale à raison de son sexe, de son inexpérience présumée. On reconstituait ainsi quel-

que chose comme le Velleien ; un Velleien nouveau sans doute, en dehors de la lettre de ce sénatus-consulte définitivement aboli en 1606, mais offrant avec lui une similitude de doctrine incontestable. Il était même plus large puisque de l'incapacité d'intercéder on était arrivé à l'incapacité plus générale d'agir juridiquement. Et c'est sur tous les tons que les romanistes stigmatisent la femme et énumèrent ses défauts. L'un d'eux, Chassaneus, interrompt même ses commentaires pour y insérer ce distique satirique de sa composition que l'on croirait extrait des comédies de Plaute : « Quoi de plus léger que la fumée ? La flamme. — Quoi de plus que la flamme ? Le vent. — Quoi de plus que le vent ? La femme. — Quoi de plus que la femme ? Rien (1). — La puissance maritale changea alors de caractère en France. Le mari qui avait jadis une prépondérance limitée parce qu'il était un associé égal, vit cette prépondérance notablement accrue parce qu'il était devenu l'époux d'une incapable. De chef de la société conjugale il en devint le « Seigneur et Maître » parce que son rôle auprès de sa femme ne consistait plus à en être le guide et le conseiller, mais le tuteur au sens romain : *Maritus est tutor uxoris post desponsationem.* » (Du Cange, *Verbo Mundium.*)

1. CHASSANEUS. Coutume de Bourgogne, § 5, n° 29.

Quid levius fumo ? Flamen. Quid flamine ? Ventus.

Quid vento ? Mulier. Quid muliere ? Nihil.

D'un autre côté, le régime matrimonial romain était la négation absolue de toute communauté. La séparation de biens scindait nettement les patrimoines de chaque conjoint. La dot, qui avait d'abord pris l'aspect d'une mise en commun, était dans le dernier état du droit si prudemment entourée de précautions et sa restitution à terme si admirablement garantie, qu'on avait l'impression que le législateur voulait à tout prix éviter à la femme les risques qu'aurait pu entraîner la gestion de son mari. Nos anciens auteurs reproduisirent toutes ces idées dans leurs compilations indigestes ; ils poussèrent le servilisme jusqu'à adapter le texte même des lois romaines aux coutumes françaises, et dans leur désir de tout concilier et de découvrir des analogies qui n'existaient pas ils déclarèrent : « qu'en pays de coutume tous les biens de la femme sont dotaux. C'était abandonner la conception de société véritable et substituer, pour les biens venus de la femme, à la notion d'apport la notion romaine de dot. Cet affaiblissement de l'idée de communauté, coïncidant avec le développement de l'incapacité féminine nouvellement admise, entraîna les esprits vers des principes différents. Et c'est ainsi, en résumé, que le droit romain fit perdre à la fois l'idée d'égalité et l'idée de communauté. »

Ces opinions et leurs conséquences furent adoptées par la majorité des jurisconsultes. Pendant un certain temps la femme compte encore quelques génés-

reux champions qui protestent par intervalle au nom des traditions. Guy Coquille et Pierre Pithou, disciples fidèles de Beaumanoir, enseignent toujours que la femme n'est pas une incapable. Mais vers la fin du xvi^e siècle la voix des contradicteurs est étouffée et la doctrine romaine de la faiblesse du sexe, professée dès le xiv^e siècle par Bouteiller et J. Faber, triomphe complètement. Le pouvoir royal lui-même favorisait secrètement cette expansion du droit romain, car il y trouvait un appui dans sa lutte contre les principes féodaux qu'il s'efforçait d'abolir afin de restaurer en France le pouvoir absolu des Auguste. Dumoulin met le sceau à cette évolution et en marque le dernier terme, en écrivant la phrase connue que nous avons déjà étudiée, et qui trouve sa confirmation dans toutes les coutumes réformées.

A la même époque, comme par une espèce de fatalité, cette hostilité à l'égard de la femme était générale. On la retrouve dans tous les principes directeurs qui contribuaient à l'éducation de la conscience juridique. C'est ainsi que les canonistes, subissant visiblement l'influence des traditions païennes, étaient d'accord avec les jurisconsultes pour abaisser la dignité de la femme. La loi ecclésiastique, qui ne pouvait pardonner le péché de la première femme, réservait toutes ses foudres pour cet être en qui elle ne voyait qu'une créature débile et faible d'esprit, inférieure à l'homme, *Mulier non est*

facta ad imaginem Dei. Les Pères de l'Eglise et le droit canon se sont donc employés à accabler la femme et à diminuer son rôle : ils l'excluent de tous les offices virils, ils lui interdisent de s'obliger pour autrui (1). Bossuet, resté fidèle à cette tradition, définit ainsi la femme : « Être imparfait de soi et dégénéral (2). »

Cette sévérité de l'Eglise à l'égard de la femme était universelle et demeura constante. Ainsi en Espagne, où le code fut rédigé par des évêques, les droits civils de la femme sont intentionnellement restreints et la loi pénale évalue la vie de la femme à la moitié de celle de l'homme. De même à l'époque moderne, dans les États du Saint-Siège, avant la constitution de l'unité italienne, la fille était exclue de la succession par le fils, et la sœur par le frère.

Il est incontestable qu'en s'orientant dans cette voie de suspicion et de restrictions, le droit canon s'écarterait de la tradition chrétienne dont nous avons

1. Corpus juris canonici. Causa XXXIII, quæstio V, c. 17. « Mulierem constat subjectam dominio viri esse, et nullam auctoritatem habere; nec docere enim potest, nec testis esse, neque fidem dare. »

2. Le théâtre entre également dans cette conspiration. Il est même assez piquant de retrouver à un siècle de distance (1784) presque les mêmes expressions dans le théâtre de Beaumarchais, au début du célèbre monologue de Figaro qui commence par cette apostrophe : « O femme, créature faible et décevante » (*Mariage de Figaro*, acte V, scène III).

constaté les heureux effets au ^{xiii}^e siècle. Cette absence d'unité constitue même la plus sérieuse critique que l'on adresse à ceux qui assignent à notre communauté une origine religieuse. Néanmoins la divergence qui existe entre l'esprit de l'Église et sa loi écrite s'explique aisément par des raisons d'ordre pratique. Outre l'action mystérieuse que les législations contemporaines exercent toujours les unes sur les autres, et à laquelle la Rome chrétienne, voisine de la Rome païenne, ne pouvait échapper, il faut surtout remarquer que ce fut à dessein que l'Église établit sur des bases aussi étroites la condition de la femme. Elle obéissait, en acceptant cette transaction, à des nécessités pressantes. En effet, le droit canon avait l'ambition, qui lui paraissait très légitime et qu'il réalisa en partie d'ailleurs, de devenir une législation internationale, universelle, soit en donnant force de loi à ses propres prescriptions civiles, soit en les faisant incorporer dans les codes nationaux des peuples. Mais pour parvenir à ce résultat, l'Église devait atténuer tout ce que ses principes avaient d'intransigeant, de trop violemment subversif et qui aurait compromis son œuvre de diffusion ; elle devait « accommoder ses lois aux besoins et aux faiblesses des peuples » sous peine de voir sa mission avorter. Il lui fallut user de diplomatie et faire des concessions. Cependant son rôle reste encore très noble, car si elle n'a pas essayé de faire prédominer une

législation idéale, devinant bien le sort problématique qui était réservé à une telle tentative, elle a du moins réussi à rendre les lois moins mauvaises. L'Église a imité la sagesse de Solon qui, au moment de se condamner volontairement à l'exil, justifiait son œuvre réformatrice en ces termes : « Je n'ai pas, disait-il, donné aux Athéniens les meilleures lois, mais les meilleures qu'ils puissent souffrir. »

Enfin une réforme dans les principes de procédure rendit absolus les pouvoirs déjà considérables du mari sur la communauté. Au moyen âge, nous l'avons vu, les créanciers n'étaient autorisés à saisir les immeubles en paiement des dettes contractées, qu'après avoir justifié de l'insuffisance du mobilier. Ce privilège était inspiré par le respect de la hiérarchie féodale. En effet, le tenancier d'une terre n'étant souvent que l'homme lige d'un seigneur, son expulsion hors de son domaine eût été une atteinte aux droits de suzeraineté. Mais bientôt les affaires devenant plus actives et le commerce plus florissant, ce système devint une entrave aux transactions. On commença par tourner la difficulté en recourant au procédé de l'*obligatio*. L'emprunteur concédait d'avance à son créancier le droit de saisir d'emblée et de vendre ses immeubles en cas de non-paiement à l'échéance. Puis cette clause, étant devenue de style, fut sous-entendue et l'exécution directe et immédiate fut consacrée par un article des coutumes. — Cette ré-

forme des voies d'exécution réagit sur la communauté : le mari qui avait pleins pouvoirs d'engager les meubles communs eut les mêmes droits à l'égard des conquêts ; et non seulement on lui permit d'endetter toute la communauté, mais aussi d'aliéner chacun des biens qui la composaient. C'était consommer définitivement la ruine de l'ancienne association basée sur l'égalité des droits. La jurisprudence du Châtelet s'était fixée en ce sens dès le ^{xiv}^e siècle (*Coutumes notoires*, n° 175) et ce droit a persisté jusqu'à nos jours, maintenu par les législations successives.

Toutes ces influences réunies, droit romain, législation ecclésiastique et nécessités pratiques, modifièrent profondément la physionomie de notre coutume matrimoniale. Car, et ceci est fort remarquable, la prétendue faiblesse du sexe ne fut prise en considération que si la femme était mariée ; hors mariage elle pouvait toujours accomplir tous les actes de la vie civile. Le mari est désormais détenteur d'une autorité tutélaire, et à ce titre concentre sur sa tête tous les pouvoirs ; la femme n'a plus qu'une condition humiliée et sacrifiée et elle, qui était jusqu'ici « aussi grande que l'homme », voit ses droits suspectés et condamnés. Dès lors la communauté n'avait que faire d'une associée aussi discréditée. Les commentateurs et la jurisprudence hésitent sur la véritable solution qu'il convient d'attribuer à ce problème dont ils viennent de modifier les données ; ils essayent

de concilier le passé avec les doctrines récentes qu'ils ont créées, et ils finissent par consacrer juridiquement cette conception bâtarde et contradictoire : qu'il y a toujours une communauté, mais qu'il n'y a plus d'associés actuels. C'est une société léonine entre un maître et un être sans personnalité juridique.

Le Code Napoléon a fortement réagi sur certains points ; c'est ainsi qu'il a totalement réorganisé le système de l'autorisation maritale et abandonné la théorie des propres fictifs. Mais pour tout ce qui concerne les pouvoirs de la femme commune, le droit est resté invariable et dans une fixité presque absolue. Le code maintient au mari son pouvoir autocratique et centralisateur. La femme mariée est toujours une mineure dont la faiblesse réclame la sollicitude du législateur. C'est ce rôle muet et impersonnel de la femme que nous allons maintenant apprécier.

CHAPITRE II

Situation de la femme commune.

Notre législation, imprégnée des idées romaines, a livré la communauté tout entière à la discrétion du mari. La femme est désormais privée de son pouvoir modérateur, destiné à contrebalancer toute tendance d'absolutisme. La loi a volontairement rendu l'épouse impuissante ; elle a même fait plus, elle la déclare incapable, car non seulement la volonté du mari écrase la sienne, mais lorsque cette volonté disparaît, la femme ne peut pas encore saisir la direction qui devient vacante. L'épouse est ainsi atteinte à la fois dans ses droits d'associée et dans sa personnalité. Son intervention ne s'impose plus ; elle ne peut plus obliger la bourse commune qu'en vertu d'une autorisation ou d'une délégation du mari. Les conséquences de cette interversion de principes au cours des siècles sont nombreuses et nous allons les examiner. Afin d'obtenir plus de précision, nous les étudierons surtout dans le Code Na-

poléon. Celui-ci n'est, nous le répétons, qu'un écho de l'ancien droit, mais c'est un écho savant qui facilite la tâche du commentateur. Il a réuni en articles clairs toutes les dispositions éparses de l'ancien droit, tous les principes sous-entendus ; il s'est débarrassé de cet appareil flottant et sans direction commune qui caractérise une législation coutumière. — Nous exposerons d'abord toutes les restrictions successivement apportées au droit d'associée égale qui était celui de la femme au XIII^e siècle. Puis nous constaterons que la jurisprudence, complice du législateur, accentue encore cette notion d'incapacité en refusant à la femme toute attitude indépendante dans le ménage. Il nous restera en dernier lieu à rechercher, devant cette exclusion systématique, quels sont les droits qui restent à la femme. L'énumération en sera malheureusement trop vite faite.

SECTION I

RESTRICTIONS LÉGALES AUX POUVOIRS DE LA FEMME

Toutes les restrictions apportées au droit de la femme peuvent se grouper autour de cette idée, que le mari est le seul maître de la communauté et que son épouse n'est rien, en aucun moment du mariage : le rôle de l'un a été exalté et celui de l'autre abaissé.

1^o L'article 1421 accorde au mari, gérant légal et

nécessaire de la communauté, des pouvoirs exceptionnels et excessifs que jamais aucun administrateur de droit commun n'a possédés. Il a le *jus utendi et abutendi*. Il peut désormais aliéner seul tous les biens qui lui sont confiés, les laisser périr par négligence ou mauvaise gestion ; il peut, comme disaient les Assises de Jérusalem, « les boire et les manger en tant qu'il vivra ». Il peut aussi les endetter et si son épouse veut échapper à son insolvabilité, elle devra renoncer à tout et perdre ses apports. Et, chose plus grave, cet administrateur tout-puissant a la faculté de faire des donations au moyen des acquêts, sans même que sa femme ait connaissance de ses agissements (Coutumes de Péronne, art. 113 et Code Nap., art. 1422). Sans doute la loi défend au mari de disposer seul entre vifs et à titre gratuit des immeubles communs et de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, mais elle lui laisse la liberté de disposer à son gré des effets mobiliers à titre particulier. Or, étant donnée la composition des fortunes privées, les restrictions apportées sur ce point par l'article 1422 sont purement illusoires et n'empêchent pas les générosités les moins morales et les plus fantaisistes.

On fait observer pourtant que si en théorie la femme perd tous les droits qu'implique sa copropriété, elle conserve en fait, par l'existence d'une autre institution juridique, un droit très sûr et impérissable sur les conquêts. On veut parler de l'hypothèque

légale qui oblige en quelque sorte le mari, s'il veut opérer une aliénation définitive, à requérir le concours de sa femme. La pratique notariale est aujourd'hui constante à exiger l'intervention de la femme. Ce serait donc les habitudes de collaboration s'imposant indirectement et renaissant sous une autre forme. Mais c'est d'abord confondre deux situations distinctes. L'hypothèque légale est évidemment une protection sérieuse réservée à la femme, mais c'est la femme créancière que l'on a en vue, la femme qui doit un jour exercer ses reprises, tandis que la femme copropriétaire est absolument dépourvue de tout recours et dans l'impossibilité légale de défendre son droit réel ; sa part dans les biens communs n'est nullement sauvegardée. Et puis cette hypothèque légale elle-même est loin de toujours exister ; si la femme n'a aucune créance à faire valoir à l'époque de l'aliénation, l'immeuble s'en va entièrement franc de toute charge, et cette garantie précieuse, en laquelle on espérait, disparaît.

La seule ressource qui reste à la femme, c'est d'invoquer le droit commun de l'article 1167 et d'attaquer les actes faits par son mari en fraude de ses droits, *fraus omnia corrumpit*. Si l'acte frauduleux était à titre gratuit la femme peut le faire annuler sans avoir à prouver la complicité du tiers ; s'il était à titre onéreux elle doit établir que le tiers était *consciens fraudis* ; toutefois à défaut de preuve contre

le tiers, et sans faire prononcer l'annulation, la femme conserve encore un droit à l'indemnité à l'égard du mari. Dans tous les cas la femme ne peut agir qu'après la dissolution et si elle accepte. La loi a fait elle-même l'application de ce principe dans l'article 243 nouveau (271 anc.). Cet article porte que les actes faits par le mari, à dater de l'ordonnance qui ouvre la procédure du divorce après l'essai de conciliation, seront déclarés nuls s'il est prouvé qu'ils ont eu lieu en fraude des droits de la femme. Cette disposition était inutile car elle ne confère à la femme aucun bénéfice exceptionnel ; sa seule explication, c'est qu'elle a été votée avant l'article 1167, siège du droit commun. On a cependant essayé de la justifier autrement, en disant que cet article dispensait la femme de prouver la complicité du tiers ; celui-ci, étant prévenu par la publication de l'ordonnance, devait être présumé complice. Mais cette interprétation est contredite par la rédaction de l'article qui ne porte pas l'indice d'une règle exceptionnelle et surtout par les travaux préparatoires (par ceux de 1804 et par ceux de 1886) où il est spécifié nettement qu'il ne s'agit que d'un cas spécial d'action Paulienne.

2° La femme, étant rejetée en dehors de la communauté, ne peut plus l'engager par ses délits. Ce serait porter atteinte aux droits du mari qui supporterait les conséquences d'actes qu'il n'a pas autori-

sés. L'article 1424 le dit expressément pour les amendes, mais il est évident que la solution doit être la même pour les réparations civiles, car dans les deux cas il s'agit d'une dette que la femme a contractée sans autorisation et dont la communauté n'a pas profité. En équité, cette protection excessive dont jouit le mari ne se justifie pas. On a maintenu la responsabilité civile du père (art. 1384, al. 2), on a étendu celle du patron (al. 3), mais on a aboli celle du mari. Nous ne prétendons pas assimiler la mentalité de la femme à celle de l'enfant. La femme est un être conscient et responsable, le mari est son associé, son maître, et non son gardien. Mais en raison même de cette dépendance relative, il devrait y avoir une solidarité plus étroite entre les époux, car souvent la responsabilité d'intention est partagée si la responsabilité pénale ne l'est point. La communauté devrait répondre de tous les actes délictueux des conjoints, sauf à l'époux innocent à réclamer plus tard une récompense. Et si la fréquence des délits et l'insolvabilité de la femme rendaient ces récompenses incertaines, on sauvegarderait le droit du mari en l'autorisant à introduire une demande en séparation de biens. Cette dernière idée paraît choquante aujourd'hui, mais elle fut discutée jadis et quelques coutumes l'ont admise (Bayonne et Anjou).

3° Lorsque le mari disparaît la communauté se

trouve privée de son maître ; dans ces circonstances il semblerait naturel de confier, comme jadis, à la femme une direction qui devient vacante et à laquelle la destine sa qualité d'associée. Mais le législateur, imbu de ses idées d'incapacité, s'y est refusé et limite considérablement l'exercice des droits de la femme. La procédure de l'absence se divise en trois périodes, mais il n'y a pas lieu de se préoccuper de la troisième phase, car après l'envoi en possession définitive, la communauté est dissoute et la femme est soumise au droit commun des envoyés en possession.

Avant de se prononcer sur l'absence, les tribunaux doivent observer un délai d'attente de cinq ans, lorsque le mari n'a pas laissé de procuration générale. Pendant cette première période la loi évite toute immixtion indiscreète et elle ne confie la gestion de la communauté à personne, parce qu'elle espère le prompt retour de l'absent. Elle ne prescrit de prendre que les seules précautions indispensables, de nommer, par exemple, un notaire pour représenter l'absent dans les inventaires ou liquidations (art. 113). De même dans le cas d'absolue nécessité, le tribunal peut (art. 112), sur la demande des parties intéressées, ordonner des mesures partielles suivant les besoins de l'administration. Dans cette dernière hypothèse, il se peut très bien que la femme reçoive mission de contracter des engagements au nom de

la communauté, de renouveler les baux, de faire des acquisitions ou de recevoir des paiements ; toutefois il est essentiel de remarquer qu'elle n'agit pas à titre d'associée, mais comme mandataire, absolument comme si le choix du tribunal s'était porté sur un étranger.

Une fois les délais écoulés, les tribunaux interviennent et prononcent l'état d'absence. Il se produit alors un phénomène digne de retenir l'attention. Le mariage subsiste toujours car l'absence n'implique jamais le décès et le conjoint présent ne peut contracter une nouvelle union (art. 139). Mais le régime matrimonial qui était l'accessoire du mariage est soumis à une liquidation prématurée. Les intérêts pécuniaires ne suivent donc pas le même sort que le lien conjugal. Cependant lorsque le régime était celui de la communauté, la loi, par une faveur spéciale, laisse au conjoint la faculté d'opter entre la dissolution immédiate et la continuation provisoire de la communauté (art. 124). On justifie cette préférence accordée au conjoint présent sur les héritiers présomptifs de l'absent, en faisant observer qu'il possède un droit certain résultant de son contrat de mariage ; tandis que les héritiers n'ont qu'un droit éventuel. — Si la femme demande la continuation de la communauté, elle « prend » alors l'administration qui s'étend aux biens de l'absent en même temps qu'aux biens communs. On enseigne généralement

que la femme qui prend ainsi l'administration n'a pas d'autres pouvoirs que ceux reconnus à un envoyé en possession provisoire (Aubry et Rau, I, § 155). Relativement aux biens du mari la solution est certaine ; mais en ce qui concerne la communauté, il semble bien que la femme doive occuper exactement la place de son époux et jouir des larges pouvoirs d'administration que la loi confère à ce dernier (art. 1421). Mais il faut reconnaître que nous touchons ici à un point délicat.

On insiste assez souvent sur l'importance exceptionnelle et unique que présenterait ce cas de la femme, maîtresse de la communauté. Il y a cette fois, dit-on, vraiment égalité entre les époux. Mais cette égalité est purement apparente ; nous sommes loin des coutumes du XIII^e siècle. En effet l'incapacité de la femme subsiste intacte, et toute sa gestion n'est qu'une gestion de représentante du mari. Il n'y a même pas de distinction essentielle à établir entre ses pouvoirs de gérante et ceux qu'elle aurait pu obtenir des tribunaux pendant la période de présomption d'absence. La seule différence vraiment sensible c'est que le mandat au lieu d'être judiciaire et réservé à une seule affaire est devenu légal et général. Aussi la femme, malgré les larges pouvoirs qu'elle possède, ne peut contracter aucun engagement personnel sans l'autorisation du juge, et dans ce dernier cas son obligation ne tombe pas en communauté (art. 1426) puis-

que le mari n'est pas intervenu. Il n'y a qu'une hypothèse où la femme autorisée judiciairement engagera la communauté ; elle est prévue par l'un des chefs de l'article 1427 : il s'agit d'établir un enfant commun et on suppose l'absence du mari ; la femme pourra alors avec l'autorisation de justice promettre une dot à l'enfant. — Bref, la femme en cas d'absence de son mari n'a aucun droit privilégié durant la première période, et n'est considérée que comme mandataire pendant la deuxième.

4^e Lorsque le mari est interdit, la femme n'est pas tutrice de droit ; elle peut seulement être choisie par le conseil de famille qui alors « réglera la forme et les conditions de l'administration » (art. 507). La femme prend donc, si la délibération du conseil lui est favorable, la gestion de la communauté et de ses biens propres, et elle accomplit les fonctions normales d'un tuteur. Sans doute elle jouit d'une certaine liberté, mais elle conserve malgré tout son incapacité de femme mariée et c'est son mari qui est seul tenu comme débiteur principal. C'est toujours cette malencontreuse théorie du mandat qui reparaît et qui ici entraîne la femme à jouer deux rôles un peu contradictoires. Incapable d'agir à titre personnel sur ses biens propres, elle devient capable, lorsqu'elle se présente comme tutrice, d'administrer dans les limites de sa charge la fortune des autres et même la sienne.

5° Quand la conduite du mari nécessite la nomination d'un conseil judiciaire, on se demande si cette fonction peut être dévolue à la femme. La doctrine est unanime et la jurisprudence constante à admettre la négative, en invoquant d'assez nombreuses raisons, notamment le respect dû à la puissance maritale. Mais il se pourrait bien que le véritable motif, et qui pourtant n'est jamais exprimé, vienne de la survivance des traditions. Jadis le conseil judiciaire était un jurisconsulte ; cette pratique, abandonnée de nos jours, a contribué à former des habitudes d'esprit qui influent sur les raisonnements des auteurs à leur insu. — Pour combattre cette solution, on pourrait sans beaucoup de difficulté proposer l'exemple de la tutelle qui constitue un bon argument d'analogie. Néanmoins il y a lieu d'hésiter, et malgré tout notre désir de ne pas créer pour la femme une situation d'exception, il nous paraît vraiment dangereux et imprudent de lui confier la fonction de conseil judiciaire auprès de son mari. On ne peut en effet comparer la prodigalité à l'interdiction. Dans ce deuxième cas le mari disparaît, on n'en tient plus compte, et la loi achevant l'œuvre de la nature, annule toute manifestation de sa volonté déséquilibrée, de sorte que désormais, elle ne pourra plus occasionner de conflit. C'est la femme qui remplace le mari déchu. Dans notre hypothèse, au contraire, le mari reste en présence de sa femme ; sa volonté subsiste, la loi vise

seulement à la mieux diriger. Et si cette mission de surveillance est donnée à la femme, il y aura nécessairement antagonisme, puisque c'est le but de la loi de réprimer les écarts du mari, et fatalement il en résultera un état de guerre déplorable, à moins que la femme, cédant à la pression du mari, ne consente à devenir la complice de ses prodigalités, pour éviter un éclat. Il faut aussi considérer que les pouvoirs du conseil judiciaire sont plus considérables que ceux d'un tuteur, car s'il n'administre pas, il peut autoriser indistinctement tous les actes ; et conférer ce pouvoir à la femme, c'est créer en face de la puissance maritale, une puissance égale et même supérieure qui offre ce spectacle contre nature, d'une femme armée par la loi pour contrecarrer les volontés de son mari, l'une ayant la puissance de droit, l'autre la puissance de fait. Si au contraire cette fonction de modérateur est attribuée à un tiers, le conflit subsistera peut-être encore, mais il n'aura plus le foyer conjugal pour théâtre. Ajoutons que la femme n'aura pas au-dessus d'elle pour décharger sa responsabilité et donner plus de fermeté à ses refus, l'autorité d'un conseil de famille. Toutes ces raisons militent donc en faveur de la solution actuelle.

Section II

AUTRE RESTRICTION PROVENANT DE LA JURISPRUDENCE

Sur tous les points qui viennent d'être étudiés, le Code Napoléon s'était écarté de l'ancien principe de collaboration effective. On pouvait espérer que dans la réglementation des situations non prévues, la jurisprudence, s'inspirant plus fidèlement de la conception du mariage et des mœurs, ne consentirait pas à grossir le nombre des restrictions. Telle fut la question qui se présenta à son appréciation, à propos des dépenses du ménage. Mais les tribunaux, à l'exception d'un arrêt véritablement remarquable de la Cour de Paris du 7 novembre 1820, n'ont connu aucune hésitation. Continuant de suivre une tradition qui remonte au xvi^e siècle (Dumoulin qualifiait déjà la femme de *procuratrix mariti*) et surtout respectant l'esprit du code, ils ont édifié un système de principe simple, puisqu'il est la négation de tout droit personnel et de toute responsabilité de la femme, mais si varié, si complexe, que la définition en est assez délicate et l'exposé difficile.

Les dépenses du ménage sont évidemment celles qui présentent au plus haut degré le caractère d'utilité commune, aussi la loi les fait-elle tomber en communauté sans récompense (art. 1409, § 5). Mais ces opérations minimales et journalières ne sont jamais

le fait du mari ; absorbé par ses occupations et aussi par dédain, il abandonne la direction des affaires domestiques à sa femme. C'est à ce rôle conféré à l'épouse par les habitudes sociales qu'il faut donner une qualification juridique. On ne pouvait songer à considérer tous ces actes comme autorisés par le mari, car l'autorisation maritale doit être spéciale (arg., art. 223) et prouvée par écrit (art. 217) ; de plus elle a le grand désavantage d'engager la responsabilité de la femme.

La jurisprudence s'est arrêtée à une autre conception qui paraît réunir tous les avantages. Elle fait à notre hypothèse l'application de l'article 1420 : le mari est présumé avoir octroyé à son épouse mandat d'accomplir sa fonction de ménagère, et comme il serait fastidieux d'exiger chaque jour une nouvelle procuration, on admet que ce mandat est tacite et général. Les conséquences sont très simples : le mari seul est obligé en vertu du principe *qui mandat ipse fecisse videtur*, et la femme ne peut jamais être poursuivie, ni pendant la communauté ni après sa dissolution, si elle renonce ou oppose le bénéfice d'émolument. C'est cette immunité complète de l'épouse que l'on voulait à tout prix obtenir et qui fut la cause manifeste de la théorie du mandat. On ne peut même pas avoir recours contre la femme au moyen de l'action *de in rem verso*, car la dépense ne lui a pas profité et n'a pas enrichi son patrimoine, puisqu'elle avait

pour origine une dette du mari et de la communauté. Toutefois si la femme, après avoir consenti à s'obliger personnellement, faisait ensuite annuler son engagement en excipant du défaut d'autorisation, il y aurait lieu d'appliquer le droit commun de l'article 1312 et de donner contre la femme l'action *de in rem verso*, dans la limite du profit qu'elle a réalisé (Paris, 7 mars 1890, D. 91.2.257).

C'est donc ce système doctrinal qui a triomphé en jurisprudence. On peut blâmer le choix de cette solution qui ne s'imposait nullement ; mais une fois ce principe, en soi de construction très juridique, admis, on aurait dû le respecter dans toute son intégrité et en dégager toutes les conséquences avec une rectitude absolue. Il en fut tout autrement, et le sort qui lui fut réservé, aussi bien que l'évolution définitive à laquelle il a abouti, autorisent d'avance toutes les critiques que nous nous réservons de faire. C'est qu'en effet la fiction d'un mandat était notoirement insuffisante et qu'elle aboutissait à des résultats fâcheux. On essaya d'y échapper par des corrections partielles et successivement on abandonna tous les principes qui caractérisent le mandat ordinaire. Mais ces dérogations incessantes créèrent une grande confusion, il n'y eut plus que des solutions d'espèces, et finalement la doctrine et les tribunaux s'égarèrent vers une notion nouvelle. Le mandat tacite conventionnel est devenu aujourd'hui à travers

les décisions jurisprudentielles un mandat légal.

D'abord s'il s'était agi d'apprécier l'étendue d'un mandat ordinaire, on ne l'aurait validé que dans la mesure où les pouvoirs conférés par le mari n'auraient pas été dépassés. Mais la jurisprudence repousse ce critérium ; elle annule comme excessives les dépenses qui sont supérieures aux exigences du ménage, et non celles qui dépassent les intentions réelles et variables du mari. Celui-ci peut n'avoir mis à la disposition de son épouse que des ressources modestes, en entendant limiter ses achats aux sommes ainsi confiées, néanmoins les dépenses faites par la femme seront validées si elles sont en rapport avec la situation sociale des époux. On a voulu protéger les tiers qui n'ont pour base d'appréciation que le train de vie apparent des époux et non leur condition réelle (Bourges, 25 juillet 1889. Loi du 5 nov. 1889).

Mais l'innovation capitale et aussi vraiment prétorienne de la jurisprudence porte sur un autre caractère du mandat. Celui-ci, d'après l'article 2004, est révocable à tout moment par la seule volonté du mandant. C'est cette faculté qui, tenant à l'essence même du mandat, se trouve en fait presque complètement abolie. Sans doute les tribunaux dans leurs considérants admettent toujours son existence théorique, puisqu'elle est inscrite dans la loi, mais leurs décisions en font bon marché. Ils en sont arrivés à rendre toute révocation inopérante, en se montrant d'une

exigence jamais satisfaite dans l'appréciation des conditions de validité de cette révocation et ensuite, comme par ironie, en autorisant néanmoins un recours contre le mari lorsque, bien extraordinairement, la révocation est jugée valable.

La jurisprudence commence par soumettre la faculté de révocation à des conditions très rigoureuses. Il ne suffit pas au mari, pour se décharger des obligations contractées par sa femme, de faire insérer dans un journal local des avis collectifs, destinés à prévenir les fournisseurs qu'ils aient à refuser tout crédit à son épouse. Mais il est absolument nécessaire que le mari avertisse les tiers, directement et par des notifications individuelles, qu'il entend à l'avenir décliner toute responsabilité (Cass., 30 nov. 1868, S. 69.1.219, D. 69.1.132). C'est en fait rendre ce droit de révocation fragile et incertain, car si la femme apprend qu'une notification a été faite à la maison de commerce où elle s'approvisionne habituellement, elle s'empressera de changer de fournisseur, et si la ville renferme un grand nombre de négociants, il sera difficile de les avertir tous.

De même la révocation devrait logiquement résulter d'une séparation des époux, car un tel acte implique la fin du mandat tacite qui avait pour cause la vie commune. Mais dans ce cas encore, la jurisprudence s'écarte de la véritable théorie juridique et afin de conserver à la femme des ressources qu'un

mari infidèle néglige de lui assurer, elle considère le mandat comme maintenu (Douai, 13 mai 1846, S. 47.2.24). Toutefois la réclamation des créanciers est écartée dans deux cas : lorsque la femme déserte le foyer conjugal, et encore faut-il que le mari manifeste la volonté de la faire revenir (Cass., S. 83.4.112), car alors elle ne mérite plus la bienveillance du juge ; ou bien lorsque la séparation est notoire et que le commerçant en a eu connaissance au moment où les provisions ont été achetées (D. 91.2.257 note de Loynes).

Enfin même lorsque le mandat est révoqué, le mari n'est pas encore à l'abri de toute poursuite : les créanciers sont admis à excercer contre lui l'action *de in rem verso*, lorsqu'il y a eu dépense nécessaire. La jurisprudence aboutit à ce résultat à l'aide de l'argumentation suivante. Lorsque des fournitures indispensables ont été livrées, cet achat profite au mari dans la même proportion, puisqu'on lui a épargné et qu'on a acquitté à sa place une dépense qui lui incombait à titre de chef de la communauté. Cet enrichissement de son patrimoine justifie donc et rend recevable l'action en indemnité intentée par les fournisseurs (1).

1. Les tribunaux recourent parfois à un autre principe. La femme est créancière d'aliments vis-à-vis de son mari (art. 214). Les fournisseurs qui lui ont fait crédit peuvent donc exercer contre le mari leur action par la voie indirecte

Telle est la théorie admise par la jurisprudence. Poussée par des nécessités quotidiennes, elle a altéré si profondément le principe du mandat, en ne permettant au mari ni de le refuser, ni de le révoquer, ni d'en fixer à sa convenance l'étendue, que peu à peu elle a assuré à la femme dans la direction des affaires domestiques un pouvoir indépendant. Nous aurons à nous en souvenir lorsque nous étudierons le système qu'il convient d'adopter à ce sujet ; mais avant de terminer il faut faire une dernière remarque qui a son importance. Si on va au fond des choses, on constate que ce n'est pas dans le but de restituer à la femme la place qui lui revient dans l'association conjugale, que la jurisprudence a si hardiment construit son système, mais afin de protéger l'intérêt des créanciers et de ne pas être obligée de débouter de leur demande les fournisseurs impayés. La pensée qui la guide ne permet donc pas de lui attribuer tout le mérite de ses décisions en elles-mêmes très équitables.

Section III

DROITS QUI RESTENT A LA FEMME

Après cette décadence de la femme de son rôle d'associée et après les multiples atteintes apportées de l'article 1166 (Juge de paix du V^e Arr. Paris, 16 avril 1905, D, 1905.2.249).

au cours des siècles à son droit jadis complet, il semble bien que l'inaction absolue soit désormais sa seule attitude dans la communauté. Et c'est en pratique la vérité, car les quelques pouvoirs qu'elle possède encore sont si peu nombreux et localisés dans des espèces si spéciales, qu'à l'exception du premier de ces droits, il arrive presque toujours que la communauté se dissout sans que la femme en ait fait usage. Ce sont eux que nous allons exposer.

1° Puisque la communauté se réduit pour la femme, dans la plupart des cas, à un droit éventuel au partage lors de la dissolution du régime, on lui reconnaît alors la faculté de droit commun, qui appartient à tout indivisaire, de disposer par acte de dernière volonté de sa part de copropriété ou de tout autre objet faisant partie de la masse commune. Et comme les dispositions testamentaires ne produisent d'effets qu'après le décès, la femme peut se passer de l'autorisation maritale. Néanmoins, même dans cette hypothèse, l'article 1423 est encore manifestement favorable au mari. Si la femme lègue un effet dépendant de la communauté, cette disposition ne recevra d'exécution qu'autant que l'objet légué sera mis dans le lot des héritiers de la femme. Si par le résultat du partage il est attribué au mari, on applique l'article 1021 qui déclare nul tout legs de la chose d'autrui. Au contraire le legs fait par le mari dans des conditions semblables produit invariablement

son effet et il est retiré soit en nature, soit en valeur (art. 1423). On n'a pu en arriver là que par l'habitude où l'on est de considérer le mari comme propriétaire des biens communs. Cette conception est fausse et constitue aujourd'hui un anachronisme. Pourtant même dans l'état actuel des textes, et sans recourir à une réforme de législation, il ne serait pas impossible de faire reparaître sur ce point l'égalité entre les époux et de faire produire effet au legs de la femme dans tous les cas. Cette solution, plus équitable, et plus conforme à la volonté du testateur, pourrait s'étayer juridiquement en soutenant avec M. Demolombe (t. XXI, n° 695) que la chose qui fait partie d'une masse indivise, dont le testateur est copropriétaire, n'est pas la chose d'autrui et que par conséquent l'article 1021 est inapplicable à cette hypothèse.

2° Certaines donations que nous avons énumérées sont interdites au mari par le Code Napoléon (art. 1422). Cette restriction a été inspirée par le désir de protéger la femme contre toute fraude, et ce motif a paru si décisif à quelques auteurs qu'ils ont revêtu la prohibition d'un caractère absolu et d'ordre public, ce qui entraîne pour la femme l'impossibilité complète de valider toute donation de ce genre en lui donnant son adhésion. La jurisprudence s'était d'abord montrée favorable à l'inflexibilité de la protection. C'était frapper irrémédiablement les biens communs

d'une indisponibilité partielle à titre gratuit, analogue à l'inaliénabilité dotale. Mais les tribunaux sont revenus sur cette doctrine et reprenant les traditions de l'ancien droit (Pothier, *Communauté*, n° 494), ils admettent plus sagement, avec l'approbation de la majorité des auteurs, que l'article 1422 se présente comme une dérogation à l'article 1421 qu'il a simplement pour but de compléter, et que c'est l'interpréter abusivement que d'y découvrir une prohibition absolue. On décide donc aujourd'hui que la femme qui a consenti à la donation n'est plus recevable à la critiquer et que grâce à ce concours la libéralité ne peut plus être considérée comme frauduleuse. *Nemo volens fraudatur*. C'est qu'en effet, comme le font remarquer MM. Aubry et Rau (t. V, § 509), la femme peut donner tous ses biens propres sans aucune réserve avec la seule autorisation de son mari, et qu'il n'y a aucune raison de texte ni d'équité qui lui défende de s'unir à son mari, pour faire une donation de biens communs. Il en résulte que c'est en droit moderne le seul cas où s'est perpétuée l'ancienne habitude du concours de la femme aux aliénations de biens communs.

3° Il est deux circonstances exceptionnelles où la femme tient de la loi le pouvoir de disposer des biens de communauté. Ce sont les cas prévus par l'article 1427 dont nous avons déjà signalé l'un des chefs. Cet article, supposant l'incarcération du mari,

permet à la femme, autorisée par la justice, d'emprunter l'argent nécessaire au paiement des dettes qui ont motivé l'arrestation du mari; de même lorsque celui-ci est absent, elle peut aux mêmes conditions constituer une dot à un enfant qu'il s'agit d'établir. En réalité la loi ne vise et n'autorise que les obligations et non les actes de disposition, mais ceux-ci sont certainement sous-entendus, car le texte prévoit l'« engagement » des biens communs par hypothèque ; or l'hypothèque n'est souvent qu'une aliénation à échéance plus ou moins éloignée, puisqu'elle peut toujours aboutir à une expropriation forcée. C'est un acte de disposition en quelque sorte « du second degré » et il en résulte que l'aliénation directe se trouve implicitement comprise dans l'autorisation de la loi.

La controverse a porté sur un autre point. Il peut en effet se présenter, en dehors des deux exceptions prévues au texte, bien d'autres situations intéressantes où il serait utile de conférer à la femme le pouvoir de prendre, sous la garantie de l'autorisation judiciaire, toutes les mesures indispensables. Aussi quelques auteurs, préoccupés de cette insuffisance notoire, ont-ils essayé de démontrer que l'article 1427 n'était pas limitatif. On tire surtout argument de sa rédaction et on invoque le sens du mot « même » qui paraît bien signifier que si l'autorisation de justice est exigée « même » dans les deux cas énumérés par la

loi et qui auraient pu faire doute, elle est considérée comme nécessaire et suffisante dans les autres situations non mentionnées. Certains tribunaux ne se sont pas refusés à raisonner de la sorte et à interpréter l'article 1427 dans un sens purement énonciatif. Mais cette tentative a rencontré une vive opposition en doctrine et les jurisconsultes se partagent sur cette question en deux camps presque égaux. La jurisprudence a finalement repoussé toute extension et elle décide que l'article 1427 est un texte exceptionnel qui déroge à l'article 1426 aux termes duquel la femme doit être autorisée de son mari pour engager la communauté et que par conséquent l'exception doit rester d'interprétation stricte. Cette dernière solution nous paraît la mieux fondée juridiquement, mais elle ne reste pas moins très regrettable par son étroitesse de doctrine et un changement de législation serait souhaitable.

4° Enfin il est quelques cas où la femme engage la communauté par ses obligations. Mais il est aisé de découvrir que dans la plupart de ces hypothèses il n'existe aucune dérogation à la toute-puissance du mari, aucune dévolution à la femme d'un rôle personnel et indépendant, et qu'en somme les quelques pouvoirs que possède la femme ne sont pour ainsi dire que l'explication logique des règles de l'autorisation maritale et de ses conséquences pour les biens du mari et de la communauté. Ces droits se rédui-

sent donc à peu de chose puisqu'il suffit d'un caprice du mari pour les anéantir.

La femme autorisée de son mari donne au créancier une action contre la communauté et contre le mari lui-même (art. 1409-2° et 1419). Mais on peut dire que c'est le mari qui par son consentement communique à son épouse le pouvoir d'obliger les biens communs. Certains auteurs (Guillouard, II, 845) soutiennent même que le mari qui autorise est obligé personnellement et non comme chef de la communauté. — La femme mandataire de son mari oblige aussi la communauté (art. 1420) ; mais elle n'est que l'exécuteur des instructions du mari et il est inutile d'insister sur cette application des principes généraux du mandat, conforme aux articles 1984 et 1998.

De même la femme commerçante oblige les biens communs lorsqu'elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce (art. 220 et 1425 C. civ. et art. 5 C. com.). Mais ici encore on peut soutenir que la femme agit en vertu de l'autorisation maritale (1). Il y a controverse sur ce point. Dans l'opinion contraire on invoque les termes de

1. Bien mieux, M. Thaller avait même un instant développé cette idée, que l'engagement du mari résultait non seulement de l'autorisation donnée, mais d'un mandat tacite de gérer le fonds de commerce. (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1882.) Mais dans la 2^e édition de son *Traité de droit commercial*, 1900, p. 110 (3^e éd. 1904, p. 106). M. Thaller a abandonné ce système de « l'autorisation-mandat ».

l'article 220 qui s'exprime ainsi : « La femme peut sans l'autorisation de son mari s'obliger... » Cependant la difficulté est levée si l'on voit dans cet article seulement une dispense d'autorisation actuelle, immédiate, précédant chaque opération de commerce envisagée séparément, bref si l'on en fait uniquement une exception au principe de la spécialité de l'autorisation. La femme dans l'intérêt du commerce s'engage sans doute sans l'autorisation conjointe et explicite du mari, mais il ne reste pas moins vrai que cette obligation n'est valable qu'en vertu du consentement initial dont parle l'article 4 du Code de commerce, et doué d'une force continue qui s'étend à toute la carrière commerciale. Cet article ne doit pas être compris comme un assentiment se restreignant à une entrée en profession et analogue à l'approbation donnée par le mari à sa femme-artiste qui désire contracter un engagement théâtral ; il est plus compréhensif et le mari est réputé autoriser à la fois le projet d'ouvrir un établissement de commerce et toutes les conventions qui deviendront nécessaires. C'est cette autorisation générale qui, accompagnant la femme dans tous les actes de son négoce, leur donne la force d'engager la bourse commune.

Nous ne voyons encore qu'un exemple d'autorisation générale dans l'article 223 qui permet au mari, administrateur des propres de sa femme, de renoncer au profit de celle-ci à cette prérogative qu'il pos-

sède comme chef de la communauté. Ce sont d'ailleurs les expressions mêmes du texte.

Telle est la série des droits bien timides, que la femme peut dans certaines circonstances exercer sur la communauté. On y ajoute parfois l'hypothèque légale de la femme qui porte, d'après une jurisprudence louable, sur la moitié des conquêts. Mais à l'analyse on s'aperçoit vite que le droit très important qui appartient à la femme en cette hypothèse ne lui est pas accordé en considération de sa qualité de femme commune, mais à titre de femme mariée et qu'il existe sous tous les autres régimes matrimoniaux. Si cette hypothèque pèse sur la moitié des conquêts, c'est que cette moitié, appartenant au mari, il est juste qu'elle n'échappe pas à l'hypothèque générale qui grève tous ses biens. Un tiers qui exceptionnellement posséderait une hypothèque générale serait identiquement dans la même situation,

TROISIÈME PARTIE

DROIT NOUVEAU ET RÉFORMES POSSIBLES

CHAPITRE PREMIER

Évolution du droit.

Le Code Napoléon en général n'a pas innové, il est seulement remarquable par ses effets d'unification. Les législateurs de 1804, au lendemain de la tourmente révolutionnaire, conservaient un souvenir pénible des utopies humanitaires et des réformes trop hardiment novatrices qui avaient abouti aux épisodes sanglants de la Terreur. Aussi revinrent-ils avec un empressement d'exilé vers la tradition coutumière qui leur apparaissait comme une législation bienfaisante, déjà éprouvée, et qu'il fallait seulement corriger. Quoique observateurs un peu superficiels, ils n'ignoraient pourtant pas l'évolution économique

qui commençait à se dessiner, le discours de Malleville à la séance du 6 octobre 1803 en témoigne suffisamment. Mais la nouveauté du problème, son peu de précision et surtout la rapidité avec laquelle le Premier Consul dirigeait les débats, firent omettre d'introduire dans la législation en élaboration des dispositions adéquates à ce nouvel état de choses, à peine soupçonné et plutôt en expectative.

Le Code une fois promulgué fut adopté avec empressement et ne donna pas lieu à de bien vives critiques. Il avait légiféré pour son époque, mais d'une manière qui allait devenir complètement insuffisante pour la nôtre. Ce fut seulement vers le milieu du XIX^e siècle, sous le deuxième Empire, que l'évolution économique se précipitant entra brusquement dans une phase toute différente ; la production décuple, les richesses s'accroissent, les mœurs se transforment. Et cette perturbation ne se produisit pas seulement sur les marchés et dans les usines, comme en un vase clos, car tous les éléments qui constituent la vie sociale sont solidaires entre eux : elle fut universelle et eut une répercussion très sensible sur notre régime matrimonial. Nous ne voulons que donner ici une esquisse sommaire de ces phénomènes, en nous attachant principalement à ceux qui caractérisent le mieux cette évolution et qui ont eu nécessairement leur retentissement sur la condition de la femme mariée.

L'industrie, facilitée par les découvertes scientifiques et par l'achèvement des grands réseaux de chemin de fer, sans cesse sollicitée par les exigences grandissantes qu'engendre toujours toute civilisation qui se raffine, prend un développement prodigieux. La population habituelle des ateliers, même renforcée par l'émigration des habitants des campagnes, est débordée par le flot montant des commandes ; on réclame des activités nouvelles. Les industriels s'adressent alors à la femme et celle-ci malgré sa répugnance doit accepter de devenir ouvrière, car les conditions d'existence devenant de plus en plus difficiles, elle se trouve par la force des choses soumise à l'impérieuse loi du travail. Il lui faut vivre ! Le gain du mari ne suffisant plus, la mère est contrainte de désertir sa maison, comme avant elle y ont été contraints le père et les enfants. D'autre part le perfectionnement du machinisme lui fait trouver aisément une occupation. L'outillage s'est transformé, les moteurs distribuent l'énergie électrique, des appareils mécaniques accomplissent le travail automatiquement. Aussi n'est-ce plus la force musculaire que l'on exige de l'ouvrier, mais la dextérité et la patience, qualités éminemment féminines. Enfin la femme devait être d'autant plus facilement embauchée que sa main-d'œuvre est rémunérée à un taux inférieur. C'est pourquoi le travail féminin prend une importance considérable. La femme est devenue la rivale

de l'homme. D'après le recensement fait en 1900 par les soins de l'Office du travail, on constate la présence dans les ateliers, à côté de 11.612.072 hommes, de 6.382.658 travailleuses, dont le tiers se compose de femmes mariées, soit plus de 2 millions. Et ce ne sont point seulement les fabriques et les usines qui se sont peuplées d'ouvrières ; stimulées par le même aiguillon de la nécessité, les femmes, initiées par le développement de l'instruction secondaire à des occupations plus relevées, se sont réparties dans tous les emplois. Et c'est alors que se posa devant le législateur cette première question : Quel serait le sort de la femme mariée et de son salaire ? Le problème était nouveau, sans précédent dans l'histoire, car jadis les statuts étroits des corporations interdisaient à la femme l'accès des ateliers.

Cette conséquence ne fut pas la seule. Jadis la classe agricole et la richesse foncière prédominaient ; c'était la fortune immobilière qui servait de fondement à la hiérarchie sociale. Mais aujourd'hui les entreprises industrielles qui surgissent de toutes parts exigent de grosses mises de fonds et ouvrent aux capitaux des débouchés inconnus jusqu'alors. Elles provoquent la constitution de sociétés puissantes et impersonnelles, de trusts partiels : noyaux attractifs autour desquels vient se cristalliser la richesse collective. Chaque particulier se dessaisit de son épargne pour la placer, et le simple reçu qu'il en

retire devient transmissible comme une vulgaire pièce de monnaie. La légitimité du prêt à intérêt est depuis longtemps reconnue ; son succédané, la rente constituée, a perdu son caractère immobilier ; les emprunts émis par les gouvernements et les municipalités se sont multipliés ; bref, tout concourt à développer la richesse mobilière. La propriété foncière, par son immobilité, son rendement lent, son type isolé, est impropre à la spéculation, elle n'a pas assez de souplesse. Sans doute elle reste un instrument parfait de garantie et la meilleure source de crédit, mais son mode de transfert est compliqué, long, et trop lourd ; elle succombe devant les parts d'actionnaires, les effets de commerce, les obligations de société, les titres au porteur. Tout est mobilisé, c'est le triomphe éclatant de la richesse sous sa plus simple expression. Et devant cette affluence envahissante des biens mobiliers, le Code Napoléon se trouve placé avec sa réglementation dédaigneuse, rudimentaire, toujours empreinte de l'influence de cette maxime à peu près juste jadis, et dangereuse jadis : *Res mobilis, res vilis*. Ce désaccord apparaît surtout profond dans l'organisation de la communauté. A vrai dire il n'y a pas de règle concernant les meubles ; ce sont non seulement les meubles communs qui sont abandonnés à l'entière merci du mari, ce sont aussi les propres mobiliers de la femme dont le mari a l'administration (art. 1428 à 1430) et qui en vertu

des principes du quasi-usufruit deviennent ordinairement la proie d'un chef de famille peu scrupuleux.

A cette évolution économique correspond une nouvelle orientation sociale. Les mœurs actuelles deviennent plus positives (1). Ce phénomène psychologique paraît bien n'avoir que des causes purement internes et il est aisé de découvrir qu'il est en partie connexe à l'activité débordante et à la fièvre de spéculation qui caractérisent la société moderne. Cependant on donne parfois une explication beaucoup plus fantaisiste de cette matérialisation toujours croissante et on en accuse assez volontiers, et peut-être par amour-propre national, l'Américain, ce type accompli du brasseur d'affaires soupçonneux et retors, et qui aurait passé les mers pour faire en France de nombreux prosélytes. Mais nous n'insistons pas davantage sur cette question litigieuse d'ethnographie et sur cette prétendue pénétration morale des peuples assez puissante pour métamorphoser le caractère d'une nation.

Le mariage n'est plus dans la majorité des cas, surtout dans les classes riches, la consécration d'une affection réciproque et éprouvée ; c'est un contrat

1. Le socialisme lui-même n'est qu'un positivisme idéal, chimérique, puisque sa formule-programme est celle-ci : obtenir la plus grande somme possible de bien être par une répartition plus scientifique des richesses.

d'affaires, un peu plus important seulement que les autres et que l'on ne conclut qu'avec beaucoup de circonspection. Il est ordinairement précédé d'une enquête préparatoire *de commodo et incommodo* au cours de laquelle le prétendant prend information sur la dot et les espérances (les espérances, mot charmant pour dire la mort du père et de la mère!). « C'est le mariage mercantile, disait Benoit Malon dans ce style un peu vif et tranchant qui lui était familier, et l'on ne demande plus la main mais la bourse de la jeune fille. » C'est en même temps une provocation à l'égoïsme puisque cette union ne se contracte souvent que par désir de posséder des biens. Aussi peut-on dire sans encourir le reproche de misanthropie que l'époque n'est plus où le mariage, suivant l'heureuse expression d'un chroniqueur, était un « idéal consolidé ». Les affections impétueuses et les passions vives existent peut-être encore au même degré, car ce sont des sentiments d'une irrésistible violence et, comme les appelait le philosophe Jouffroy, « des tendances primitives de la nature », mais afin de sauvegarder leur mobilité et leur inconstance, également très habituelles, elles refusent de s'emprisonner dans les liens d'un contrat juridique et se contentent de l'union libre ou de liaisons extra-conjugales. Le mariage étant ainsi devenu en général une union de biens, l'importance du régime matrimonial s'est accrue en proportion, et ses imper-

fections, jadis naïvement dédaignées, irritent les intérêts menacés autant qu'un mauvais système d'impôts ou qu'un régime hypothécaire défectueux.

L'accroissement considérable des divorces (1) a

1. Le nombre des divorces qui, en 1885, n'était que de 4123 avait atteint en 1902 le chiffre inquiétant de 11.088. Et ceci sur une population de 38 millions d'habitants alors que l'Allemagne avec ses 60 millions d'âmes n'enregistrait en 1903 que 10.000 divorces environ. A Paris on compte actuellement un jugement de divorce pour dix mariages. On a vu, certain jour, le tribunal de la Seine prononcer en une seule audience 270 divorces (PLANIOL, III, p. 160). Et pourtant cet état de choses, déjà suffisamment alarmant, paraît bien devoir s'aggraver encore et préparer, par une suite de réformes éventuelles, un avenir capable de décourager les plus optimistes. M. Naquet, promoteur et rapporteur de la loi du 27 juillet 1884 qui rétablissait le divorce, a franchement dévoilé sa pensée ; le divorce n'est pour lui qu'une étape, qu'un stade de l'évolution, et c'est le mariage lui-même qu'il vise en dernier lieu : « Le mariage, a-t-il écrit, est la cause de la dégénérescence de l'espèce humaine ; c'est une institution génératrice de vice, de misère et de mal : il faut lui préférer le concubinage ou l'union libre, sans intervention de l'autorité, sans consécration religieuse et légale. Le mariage existant, la prostitution fait plus de bien que de mal. » Aujourd'hui MM. Paul et Victor Margueritte se font les apôtres bruyants, et aussi trop écoutés, d'une réforme plus ample. Ils ont conçu l'ambition d'ouvrir les portes de « la Bastille du Code et de libérer les forçats de la discorde conjugale ». Dans un élan d'admiration enthousiaste pour les choses du passé, ils vont même jusqu'à proposer un retour complet « à la belle loi primitive de 1712, », c'est-à-dire au divorce par incompatibilité d'humeur sur la simple demande de l'un des époux. Enfin, tout ré-

également altéré l'état d'âme d'un grand nombre d'époux. Nous n'avons pas à discuter ici la légitimité du divorce. Cependant on peut remarquer que c'est le don de soi-même, sans condition, sans retour, qui fait la beauté et la dignité du mariage, et qu'il est contraire à son esprit de le contracter dans la pensée et dans l'espérance qu'il sera peut-être brisé. Cette idée d'union indissoluble, et pour certains éternelle, est d'ailleurs si profondément enracinée dans les mœurs populaires qu'on la retrouve exprimée même sur les tombeaux, comme pour défier la mort, dans ce symbole réconfortant de deux mains enlacées. Le divorce, on l'a dit, n'est qu'une « polygamie successive ». — Jadis l'union complète et indissoluble des personnes entraînait l'union totale des biens. On pouvait sans crainte opérer la confusion des fortunes, car on avait confiance en la parfaite stabilité du mariage. Aujourd'hui le mariage étant devenu une institution moins solide, et peut-être aussi moins respectée, on a voulu s'assurer contre l'éventualité de la rupture. Sous l'empire de cette défiance on n'accepte plus qu'à regret la communauté qui est un régime trop unitaire, trop contraire à la personnalité

ceci, s'est affirmée la prétention — qui eût paru une excentricité de mauvais goût, n'était la haute situation politique de ses auteurs — d'assimiler le mariage à un contrat de louage pur et simple, résiliable à tout moment au gré des contractants.

distincte des patrimoines. Devant la menace de la liquidation à opérer peut-être demain, devant la nouvelle situation qu'il faudra alors se créer, on prend des précautions et on ne conclut une union conjugale qu'avec toutes les réserves possibles. N'a-t-on pas vu dans certains contrats des clauses établissant jusqu'à la dotalité des acquêts afin de les rendre inaliénables !

Ce phénomène n'est pas nouveau, c'est une vérité historique. Déjà à Rome, la fréquence des divorces avait occasionné ce surcroît de précautions qui garantissaient la dot et qui par leur accumulation firent du mari, primitivement propriétaire de cette dot, simplement en fait un usufruitier. Mais les Romains n'avaient pas à s'interroger sur l'excellence de leur régime matrimonial qui était par définition protecteur des intérêts pécuniaires de la femme ; tandis que pour nous, avec notre régime de communauté légale, le problème est autrement grave, à ce point même que c'est l'existence de ce régime qui est en discussion.

Enfin il est un contrepoids qui n'existe plus, ou du moins dont on ne peut plus juridiquement tenir compte. L'ancien droit avait créé dans le mariage l'inégalité civile de la femme, mais il s'en remettait à la religion pour que l'autorité souveraine concédée à l'homme fût exercée par lui avec modération. On confiait au mari une mission très délicate à accomplir, mais on n'hésitait pas à l'en charger parce qu'on

le savait croyant. Il y avait dans la loi des sous-entendus, des raisonnements implicites. Le législateur connaissait bien le précepte sacré que l'Écriture exprime sous forme d'interrogation: *Sed quis custodet custodes ipsos?* et pour se rassurer il répondait dans sa pensée: *Dominus Deus*. Mais aujourd'hui ces garanties sont devenues insuffisantes, par suite de l'affaiblissement de la conscience chrétienne et de la reconnaissance de ce principe, presque constitutionnel, que le droit doit se suffire à lui-même et ne pas chercher de sanctions extérieures. « La société moderne, s'écrie triomphalement Laurent, ne procède plus de la Bible, mais elle procède de la Révolution. » Il importe donc d'établir un nouveau contrepoids légal, destiné à remplacer l'ancien contrepoids moral délaissé.

Pour cette société nouvelle, aux habitudes modifiées, à la mentalité différente, aux patrimoines composés d'autres éléments, le Code Napoléon devenait une législation, non point surannée comme on le répète trop, mais un peu étroite. La communauté était critiquable, et la première réforme que l'on réclama ce fut l'adoucissement de la puissance maritale vraiment trop absorbante. Le législateur sollicité de toutes parts dut enfin se décider à intervenir mais il ne le fit pas d'une façon complète; il remédia par des lois spéciales aux situations les plus urgentes, laissant toute amélioration d'ensemble à l'état,

de projet. Ce sont ces premières tentatives heureuses que nous allons commencer par étudier, pour aborder ensuite la question plus générale d'une réforme totale.

Section I

LOIS SUR LES ÉPARGNES.

Aujourd'hui économiser, ce n'est plus seulement former à l'aide du superflu un petit trésor secret et improductif; c'est depuis l'énorme développement des valeurs de Bourse déposer ce fonds de réserve entre des mains étrangères en échange d'un titre et constituer ainsi un capital qui produit des revenus. L'épargne qui était jadis une opération en quelque sorte d'ordre moral est devenue un acte soumis à des règles juridiques. Cette nouvelle notion a eu son contre-coup sur les attributions de la femme. La ménagère a toujours été considérée, à juste titre, comme possédant, plus que le chef de famille, l'esprit d'épargne. Tant que les petites économies de chaque jour restèrent en sa possession, elle eut assez d'autorité et d'habileté pour les soustraire au mari; mais lorsque l'usage vint de faire des placements publics, des dépôts réguliers, la femme qui concluait désormais un contrat juridique ordinaire perdit tout pouvoir sur les économies, car le Code, qui avait con-

féré au mari des droits exorbitants sur tous les biens communs, ne faisait aucune exception pour les épargnes. Il y avait donc urgence, si l'on ne voulait pas décourager la femme, à préserver de la prodigalité du mari les réserves faites pour l'avenir et les mauvais jours.

Aussitôt après la révolution de 1848 faite par les ouvriers, une proposition de loi fut déposée par les citoyens Waldeck-Rousseau et Rouveure. La femme pouvait passer outre à la volonté du mari et déposer des fonds, sauf autorisation du juge de paix. Mais cette proposition, qui portait atteinte au principe de l'autorité maritale, fut rejetée ayant été jugée trop audacieuse. En 1852 le moment parut opportun pour une réforme, et ce fut par celle-ci que le deuxième Empire inaugura la série des mesures favorables aux intérêts de la classe ouvrière dont il eut toujours le vif souci. Afin d'éviter le retard qui aurait résulté des débats parlementaires, on résolut de l'opérer par voie administrative. Ce fut l'objet d'une instruction ministérielle, en date du 17 décembre, confirmée par une circulaire du 4 juin 1857. On s'inspira du principe du mandat : la femme déjà mandataire du mari dans les dépenses du ménage continuait de l'être dans les économies qu'elle parvenait à réaliser et dans les placements qu'elle en faisait. Le mandat était même plus parfaitement rigoureux car il n'était tacite qu'en partie et le consentement

du mari était exigé pour le premier versement. Quant aux versements subséquents, les caisses les recevaient de la femme seule, sans qu'aucune justification nouvelle d'autorisation fût nécessaire, le consentement initial étant réputé maintenu. Les retraits ne pouvaient être faits que par les deux époux donnant ensemble quittance.

Cette réglementation, encore bien incorrecte puisqu'elle subordonnait tout dépôt à l'assentiment du mari, subsista longtemps. Elle était pourtant un progrès, car une fois le placement fait le mari était impuissant à s'en emparer seul. Une proposition de loi échoua encore en 1872 et ce ne fut que le 9 avril 1881, dans la loi sur les caisses d'épargne postales, que des dispositions légales vinrent enfin consacrer définitivement le rôle de la femme. Cette loi fut présentée comme une extension de la théorie de la jurisprudence existant en matière de mandat domestique. Ce principe, qui était déjà celui du décret de 1852, a été formellement reconnu au Sénat par les auteurs de la loi et en particulier par M. Arthur Legrand, sénateur de Seine-et-Oise, dans la discussion de l'article 6, et ce fut même cette déclaration qui décida le vote auparavant très incertain de la haute Assemblée. Mais pas plus que pour les dépenses du ménage on n'a respecté les données du mandat.

D'abord on admit que les termes de l'article 6 § 5 étaient impératifs et donnaient à la femme un droit

absolu de faire des dépôts, à l'insu du mari et même malgré sa volonté. Mais ce qui ruina complètement le principe du mandat ce fut une interprétation abusive faite par l'administration. Les caisses d'épargne qui ne connaissaient que la titulaire du livret, se considérèrent comme assimilées à des tiers saisis, et se basant sur le sens technique du mot « opposition » tel qu'il est défini au Code de procédure ne se contentèrent pas d'un simple avis et exigèrent un acte d'huissier. Par conséquent le mari qui voulait interdire tout retrait de fonds, n'était plus accueilli comme un propriétaire libre de révoquer *ad nutum* son mandat, mais comme un créancier qui essaie de se faire indemniser et pratiquant une opposition régulière. Il devait recourir à la procédure de saisie-arrêt et notamment obtenir un jugement de validité. Tous les frais de l'instance tombaient à sa charge. Avec cette interprétation le droit d'opposition du mari devenait purement théorique ; celui-ci reculait ordinairement devant les frais et les formalités. Il ignorait d'ailleurs dans la plupart des cas l'existence du dépôt que sa femme lui dissimulait, que les caisses d'épargne se refusaient à lui révéler en se retenant derrière le secret dû à leurs opérations. La jurisprudence consentit néanmoins à sanctionner ce système qui était extra-légal.

Pour remédier à cet état de choses, le législateur intervint à nouveau par la loi du 28 juillet 1895. Di-

verses opinions se manifestèrent lors de la discussion de cette loi. Un amendement présenté par M. Lavy fut même un instant admis et qui était la négation du mandat tacite. Les droits du mari devenaient très limités et aucune opposition n'était plus admise ; l'épouse avait tant pour les dépôts que pour les retraits un droit absolu sur les fonds placés à la caisse d'épargne. Mais le texte définitivement voté fut un retour au principe traditionnel et une condamnation de la pratique antérieure. L'article 16 maintient le droit d'opposition du mari, et il organise une procédure spéciale qui le rend enfin efficace. La caisse d'épargne touchée par une opposition du mari doit en informer la femme par lettre recommandée et surseoir à tout paiement. La femme jouit alors d'un délai d'un mois pour se pourvoir contre cette opposition ; faute de quoi, le mari peut retirer les sommes déposées.

Les rôles sont donc intervertis et c'est désormais à la femme de s'adresser à la justice et de supporter les frais. On restituait au mari toute son autorité, car il était à prévoir que la femme s'abstiendrait d'agir, hésitant devant les formalités et surtout devant l'issue douteuse de l'instance, puisque le mari conserve sur les épargnes ses droits de chef de communauté. Mais la loi fut encore une fois annihilée par la mauvaise volonté des Caisses d'épargne. Celles-ci, hostiles à toute intervention du mari, ont, afin de le lasser et

d'entraver son action, imaginé d'exiger de lui une foule de justifications complémentaires. Elles lui demandent de justifier de son identité, de sa qualité de mari de la titulaire, de l'existence actuelle du mariage, du droit d'opérer les retraits en vertu de son régime matrimonial, de la détention du livret, de la non-intervention de la part de la femme durant le délai d'un mois sus-indiqué. La jurisprudence a de nouveau suivi l'administration dans cette voie, elle fait droit à toutes ses exigences et se rend complice de toutes ses vexations. Il en résulte qu'en fait, malgré la réforme récente, la femme jouit d'un pouvoir presque absolu sur les épargnes et que si elle ne peut les toucher après opposition du mari, celui-ci ne peut pas non plus en obtenir le remboursement. Mais il faut refaire ici, sur le motif de cette sévérité, une observation déjà faite. Ce n'est pas l'influence d'une préoccupation égalitaire, mais la crainte d'avoir à payer deux fois, qui a conduit les administrateurs prudents à refuser de remettre au mari les économies déposées par sa femme, et si celle-ci est protégée elle ne le doit qu'à une préoccupation égoïste.

Il est intéressant en dernier lieu de citer d'autres lois qui ont également reconnu le droit de la femme à faire partie de certaines sociétés de prévoyance. — C'est d'abord la loi du 20 juillet 1886 sur la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse. L'article 13, alinéas 4 et 5, décide que les femmes mariées, quel que

soit le régime de leur contrat de mariage, seront admises à faire des versements sans l'autorisation de leur mari. Le versement fait au cours du mariage par l'un des conjoints profite séparément à chacun d'eux par moitié. Les deniers ne tombent donc pas en communauté, par dérogation au principe que tous les meubles font partie de l'actif commun. On a voulu que la femme conservât son droit à la retraite même en cas de renonciation à la communauté après sa dissolution. — C'est encore la loi du 1^{er} avril 1898 sur les sociétés de Secours mutuels qui permet à la femme de s'affilier à une société de ce genre sans l'autorisation de son mari. — C'est enfin la loi du 16 juillet 1907 à laquelle nous arrivons et qui vient de proclamer le droit absolu de la femme sur les économies résultant de son salaire. Certains esprits voudraient généraliser cette loi et la rendre applicable à tous les biens de communauté. Cependant nous pensons que l'état actuel de la législation est satisfaisant. En effet la femme peut avoir des pouvoirs plus considérables sur ses salaires qui sont le produit de son travail personnel ; mais sur les biens communs il faut conserver au mari, chef responsable de la communauté, un contrôle qui peut devenir salulaire, car rien ne prouve que la femme n'abusera pas de sa liberté pour détourner des fonds et les employer à un usage blâmable. Aussi nous ne pouvons suivre la jurisprudence dans sa tentative

qui a pour résultat d'enlever toute direction au mari.

Section II

LOI SUR LES SALAIRES DE LA FEMME

Le Code Napoléon a presque complètement omis le louage de travail ; deux articles seulement en font mention (art. 1780 et 1781) et encore le second de ces articles a-t-il été abrogé sous le deuxième Empire (loi du 2 août 1863). Cette lacune s'explique par la nouveauté de la question et par le silence à la fois du droit romain qui ne connaissait que le travail servile et de l'ancien droit qui abandonnait toute cette partie du droit aux règlements intérieurs des corporations. A plus forte raison a-t-on négligé la question plus spéciale du salaire de la femme mariée. Mais lorsque, au cours du xix^e siècle, la femme devint au même titre que l'homme un agent de production, l'absence de toute réglementation en cette matière présentait des inconvénients sérieux. Le droit commun s'imposant, les salaires de la femme tombaient en communauté en vertu de l'article 1401-1^o, et comme le mari possède sur ces biens communs les larges pouvoirs de l'article 1421, il accaparait sans recours possible tous les gains de sa femme et les employait aux dépenses les plus folles et les moins morales.

Bien mieux la femme ne pouvait toucher ses salaires que grâce à un mandat exprès du mari ou en vertu d'une tolérance de fait qui équivalait à un mandat tacite. Une telle législation provoquait des incidents scandaleux et aboutissait à des situations désespérées. C'est ainsi que le tribunal de Nantes, lié par les dispositions inflexibles du code, contraignit un contremaître à verser le produit du travail d'une femme, que l'inconduite du mari avait obligée à quitter le domicile conjugal, entre les mains de ce dernier. Cet homme était dans son droit et la loi était respectée aux dépens de l'équité.

On a souvent fait des tableaux très sombres des ménages d'ouvriers, où la femme exténuée par son travail, dépouillée de ses maigres salaires et exploitée par un mari alcoolique, n'avait plus d'autre ressource que d'allumer un réchaud ou de se jeter au fleuve. On a dramatisé à dessein la situation afin de la rendre plus pathétique ; mais il n'était pas besoin d'imaginer des circonstances tragiques, car il est certain que même réduit à de plus exactes proportions le mal existait et qu'une réglementation nouvelle s'imposait, destinée à pallier aux dangers de cette crise qui avait trop duré. N'était-ce pas d'ailleurs faire à la femme une situation inférieure à celle de son enfant qui a du moins la jouissance des biens qu'il peut « acquérir par un travail et une industrie séparés » (art. 387). Le législateur mit de longues

années à s'en persuader. Le mouvement d'opinion , qui s'était depuis longtemps vigoureusement affirmé, ne put que très tardivement, au prix d'incroyables difficultés, vaincre la résistance et surtout l'insouciance des Chambres françaises afin d'en obtenir la satisfaction réclamée.

Comme pour encourager cette inertie du législateur, on faisait en doctrine une forte opposition à toute tentative de réforme. On prétendait qu'une innovation ne pouvait être qu'inutile ou inefficace. D'abord, disait-on, si la femme a des motifs de se plaindre de son mari, elle n'a qu'à demander la séparation judiciaire. Mais la procédure de la séparation comprend bien des formalités et des lenteurs, les frais en sont importants et la femme n'obtient pas toujours l'assistance judiciaire ; c'est en outre aggraver la situation morale du ménage. Aussi, disait M. Glasson, « il suffit de connaître la séparation de biens pour se convaincre qu'elle n'est pas faite pour la femme de l'ouvrier ». En second lieu on déclarait que tout essai était voué d'avance à l'avortement : si les époux vivent dans une union modèle, ils n'ont que faire de la loi ; sinon, le mari se fera toujours remettre l'argent de sa femme, car les mœurs sont plus fortes que le droit. Mais encore faut-il que la loi ne se rende pas complice de ces abus, qu'elle sauvegarde du moins en principe l'indépendance de la femme et que si celle-ci veut user de son droit,

elle soit secondée par le législateur. De plus, comme on le fait remarquer, la loi est souvent « un agent de moralisation » et elle doit être la conscience de ceux qui n'en ont pas.

Néanmoins en dépit de ces critiques, la Chambre fut saisie de diverses propositions dues aux efforts persévérants des féministes. Une campagne active avait été entreprise avec un zèle inlassable par de nombreuses femmes, au nombre desquelles il faut citer M^{mes} Schmall, Pégard, Juliette Adam, la duchesse d'Uzès, Coignet et de Marguerie (1). Une première proposition fut déposée sur le bureau de la Chambre le 21 juillet 1890 par MM. Jourdan, Dupuy Du-temps et Montaut ; cette proposition, due à l'initiative de MM. les professeurs Glasson et Jalabert, était assez timide et n'accordait à la femme la libre disposition de son salaire que si le mari mettait en péril par son inconduite les intérêts du ménage et de plus il fallait l'autorisation du juge de paix. C'était établir à l'usage des classes pauvres et laborieuses ce que l'on a appelé « la petite séparation », copie partielle de la véritable séparation de biens judiciaire. D'après l'article 3 la femme pouvait avec la même autorisation saisir-arrêter une partie des salaires du mari. Le 9 juillet 1894, M. Goirand, député des Deux-

1. Voir l'historique de la réforme fait au Sénat par M. Gourju, sénateur du Rhône, à la séance du 14 mai 1907.

Sèvres, déposait un texte sensiblement différent du précédent et qui proclamait que le droit de la femme de toucher elle-même ses bénéfices personnels, à l'exclusion du mari, ne dépendait plus de la justice mais résultait *de plano* de la loi. Cependant dès que les sommes provenant de son salaire étaient capitalisées, la femme n'avait plus aucun droit sur elles.

Sans discussion et après déclaration d'urgence, la Chambre adopta le 27 février 1896 un texte présenté par sa commission et qui était la fusion des deux propositions antérieures. L'article 1^{er} reconnaissait (art. unique de la prop. Goirand) le droit de la femme à toucher directement ses salaires. L'article 2 (art. 3 de la prop. Glasson) donnait à l'épouse la faculté d'opérer une saisie-arrêt sur les salaires du mari au cas où celui-ci abandonnerait le domicile conjugal. Mais cette réforme était encore insuffisante, car elle ne s'appliquait qu'aux salaires de la femme et non aux économies en provenant. Le texte voté fut transmis au Sénat, mais celui-ci sans s'inquiéter de la déclaration d'urgence prononcée par la Chambre s'obstina longtemps à lui refuser les honneurs de la discussion.

Entre temps des jurisconsultes, émus de cette incurie et de la situation déplorable qui se prolongeait, essayaient d'y remédier, en demandant soit une réforme moins hardie, soit une solution qu'im-

posait un respect plus sévère des dispositions légales. M. Cauwès, reprenant l'idée qui avait amené le vote de la loi du 10 juillet 1850 sur la publicité des contrats de mariage, voulait organiser en faveur de la femme une protection préventive et faire pour elle ce qui avait été fait seulement jusqu'ici dans l'intérêt des tiers. Dans ce but il proposait une addition à la loi de 1850. La femme, sur l'interpellation de l'officier de l'état civil, devait déclarer qu'elle entendait ou non se réserver ses gains personnels, et mention de sa réponse devait être faite dans l'acte de célébration. Mais ce correctif ingénieux aurait certainement échoué dans la pratique, car le jour du mariage les époux ont entre eux une confiance réciproque, c'est « le temps des illusions ». Si la jeune fille redoutait l'inconduite de son fiancé, elle ne l'épouserait pas. — M. Thallerne proposait aucune réforme. Il se contentait d'exiger des tribunaux une application plus logique des principes existants. Combinant la loi du 12 janvier 1895, dont l'article 2 déclare les salaires des ouvriers incessibles pour neuf dixièmes, avec le principe que les biens incessibles ne tombent pas en communauté, il décidait que le salaire de la femme doit lui rester propre. Mais la jurisprudence eût-elle consenti à adopter l'interprétation de M. Thaller, que le résultat serait resté identique, car le mari, ayant sur les propres de sa femme et en particulier sur ses propres mobiliers des pouvoirs

très étendus, aurait recouvré d'une façon indirecte le moyen de s'emparer de ses gains.

Depuis longtemps les législations étrangères nous avaient précédés dans la voie des réformes. L'Angleterre, toujours protectrice des droits individuels, s'était placée en tête du mouvement ; en 1870 elle garantissait à la femme mariée la libre administration et l'entière disposition de ses gains. Puis elle établissait en 1882 la séparation de biens entre époux. L'exemple fut suivi par de nombreuses nations, notamment par la Suède (11 déc. 1874), la Belgique (10 février et 10 mars 1900) et par le Code allemand qui fut mis en vigueur le 1^{er} janvier 1900. Enfin en France, à la suite de deux nouvelles propositions déposées, l'une par M. Grosjean à la Chambre le 27 février 1905 et l'autre par M. Gourju au Sénat le 26 juin 1906, la question fut inscrite le 14 mai 1907 à l'ordre du jour du Sénat. Le projet de 1896 ne fut voté qu'après avoir subi des retouches importantes. Transmis à la Chambre, il fut adopté sans modification pour devenir la loi du 16 juillet 1907. — Cette loi s'est montrée encore plus heureusement novatrice que les propositions précédentes. Son texte a une portée générale et s'applique à tous les régimes, mais il est évident qu'il n'a toute son importance que dans la communauté, qui est d'ailleurs le régime universel des travailleurs, ordinairement mariés sans contrat. Il s'applique également à toutes les personnes qui travaillent sans exception, même

à la femme commerçante. Enfin ses dispositions sont déclarées d'ordre public et aucune dérogation ne peut leur être apportée dans les conventions nuptiales. Cette sévérité, absente du projet primitif, n'a été introduite au Sénat qu'en seconde lecture, sur l'intervention de M. Maurice Faure.

Contrairement à la loi anglaise qui fait des salaires des biens propres à la femme, la loi française n'a pas voulu créer l'inégalité des situations, et elle déclare biens communs les gains des deux époux indistinctement. Mais tout aussitôt, elle admet, non une séparation de biens, mais une séparation de pouvoirs. Toute une catégorie de biens est détachée de la communauté sur laquelle on réserve à l'épouse des droits qui, sous le régime normal, sont l'apanage exclusif du mari. Cette exception est loin d'être, comme on l'a dit, destructive de la communauté, car la démonstration n'est pas faite qu'elle soit en contradiction avec l'essence même de la communauté, qui est l'indivision et le partage éventuel. La communauté se compose en fait de deux patrimoines, l'un est dirigé par le mari et comprend les meubles et les acquisitions faites avec l'actif commun l'autre est administré par la femme et se trouve alimenté par ses gains et ses épargnes. Il n'y a toujours qu'une masse commune, mais deux administrateurs qui n'ont pas la gestion des biens communs tous les deux ensemble comme dans le projet

Cambacérès, mais qui ont chacun un patrimoine à gérer. L'innovation de la loi consiste donc, en résumé, à créer au profit de la femme un pécule réservé.

L'article 1^{er} fait rentrer dans la composition de ce pécule non seulement les gains de la femme, mais les « économies en provenant ». C'est là une extension considérable que M. Goirand avait toujours combattue parce qu'il y voyait une atteinte continuelle à la puissance maritale. Elle était pourtant nécessaire car permettre au mari d'encaisser le surplus des salaires, c'était empêcher la femme de se constituer une réserve pour les jours de chômage et l'inviter à faire des dépenses immédiates et irréfléchies. C'était la ruine de l'épargne et de la prévoyance. — Mais une difficulté surgit. Comment la femme fera-t-elle la preuve que ses acquisitions proviennent des économies qu'elle a faites ? On ne pouvait établir une présomption de propriété, car c'eût été l'occasion de nombreuses fraudes ; on pouvait encore moins songer à faire à la femme l'application des articles 1499 et 1504 qui exigent des conditions rigoureuses. D'après l'article 4, la femme est admise à prouver « la consistance et la provenance des biens réservés » par tous les modes de preuves imaginables. La commune renommée seule est exclue, parce qu'elle est trop incertaine.

La composition du pécule ainsi établie, il faut étudier les droits que comporte l'administration de la

femme. Celle-ci peut recevoir seule ses appointements ou salaires, en donner quittance, les placer, acheter des valeurs; elle peut aliéner à titre onéreux tous ses biens réservés et les monnayer sans aucune réserve et sans autorisation du mari. L'article 1^{er} contient sur ce point une erreur de rédaction, relevée par le rapporteur à la Chambre. D'après cet article, alinéa 1^{er}, la femme a sur ses gains toutes les prérogatives qu'a la femme séparée sur ses propres (art. 1449). Or dans ce dernier cas, elle ne peut aliéner ses immeubles sans autorisation maritale; quant à ses meubles elle n'en peut disposer, d'après la jurisprudence, qu'autant que leur aliénation est rendue nécessaire par les besoins d'administration. Ici au contraire toute aliénation, mobilière et immobilière, est valable sans autorisation. La comparaison établie par le texte est donc incorrecte et mal choisie (1). Mais les autres paragraphes de l'article 1^{er}, les travaux préparatoires, et surtout la rectification du rapporteur ne laissent aucun doute à ce sujet. La loi française est par conséquent plus large que la loi suisse; celle-ci limite le droit de disposition de la femme aux besoins du ménage. Mais

1. Ce vice tient à la précipitation et à la légèreté avec lesquelles sont élaborées les lois modernes, en même temps qu'à l'incompétence technique de leurs auteurs. Ce sont ces habitudes déplorables que critiquent sévèrement les jurisconsultes (Planiol, I, p. 39).

on a repoussé cette distinction qui eût été d'une appréciation trop délicate.

Il n'y a qu'un acte qui soit interdit à la femme, c'est l'aliénation à titre gratuit. Cette prohibition se justifie par de bonnes raisons. L'intention du législateur, lorsqu'il établit l'indépendance relative de la femme, est de conserver au ménage des ressources qui lui sont normalement destinées. Ce serait donc précisément les détourner du but qui leur est assigné que de s'en servir pour faire des libéralités, car donner c'est perdre. Il y aurait d'ailleurs défaut de symétrie et injustice entre le droit absolu de la femme de disposer à titre gratuit et le droit de l'homme soumis sur ce point à de nombreuses conditions restrictives.

Les biens réservés à l'administration de la femme peuvent être saisis par ses créanciers (art. 3. § 1). Elle peut donc engager son pécule par ses obligations, même par celles contractées sans autorisation du mari ou de justice, mais dans ces derniers cas il est entendu que le créancier ne peut poursuivre le mari soit sur ses biens personnels, soit sur les biens ordinaires de la communauté, à moins toutefois que l'obligation n'ait été contractée par la femme dans l'intérêt du ménage (§ 4). A l'inverse les biens réservés, qui font pourtant partie de la communauté, échappent aux créanciers du mari; cependant ceux, parmi ces derniers, qui font la preuve que le mari s'est

engagé dans l'intérêt du ménage, peuvent saisir le pécule de la femme (§§ 2 et 3). Cette exception qui paraît équitable présente pourtant un danger. Le mari pourra consacrer ses salaires à des dépenses personnelles, et pour nourrir sa famille, se contenter de contracter des dettes qui, à raison de leur destination, se trouveront exécutoires sur les gains de la femme. Contre ce péril l'épouse est armée d'un droit de saisie-arrêt sur les salaires du mari; et si la situation s'aggrave, elle a la ressource de la séparation de biens.

Mais il se peut que les tiers continuant un usage ancien exigent par prudence le consentement de la femme à l'obligation du mari. Les conséquences de cette intervention sont délicates à préciser. M. Perreau avait proposé avant la rédaction de la loi, dans un article de la *Revue critique* (janvier 1906), de rétablir le Velleien et de déclarer la femme incapable de s'engager sur ses biens réservés dans l'intérêt propre du mari. La loi nouvelle a omis d'envisager cette hypothèse qui reste donc obscure. Le rapporteur à la Chambre, M. Viollette, vivement préoccupé de cette situation a longuement examiné la question. Il se déclare partisan de cette incapacité malgré son apparence anormale, et afin de faire partager sa conviction par la jurisprudence future, il lui prépare le raisonnement dont elle devra se servir pour justifier ses décisions. L'article 1^{er}, dit-il, défend à la

femme de renoncer au bénéfice de la loi, or cette défense serait illusoire si dans chaque cas particulier la femme avait la possibilité de consentir à la violation de la loi. Il en résulte donc que l'engagement de la femme sera nul, de nullité d'ordre public, comme la renonciation de l'article 1^{er} dont elle n'est que l'application logique (1). Une telle décision nous paraîtrait suffisamment motivée en droit et elle aurait en outre l'immense avantage de permettre à la femme de conserver une petite fortune à l'abri des prodigalités de son mari. Toutefois il ne faut pas se leurrer d'un espoir trop démesuré ; si la protection juridique est complète, il est à prévoir que le mari fera bon marché de toutes ces entraves et qu'il pourra souvent, en escomptant la faiblesse naturelle de sa femme, obtenir par intimidation la remise directe de ses gains. Contre ces abus la loi ne peut rien, à moins de recourir à des procédés d'inquisition.

Enfin pour établir jusqu'au bout l'indépendance

1. Cette argumentation n'est certes pas irréprochable et M. Maurice Faure, au Sénat, s'était prononcé d'avance contre elle. Mais lorsque l'on considère qu'une quantité de systèmes dépourvus de toute base juridique ont été édifiés par la jurisprudence, au mépris des règles les plus certaines, il est permis de préconiser sans scrupule une doctrine bienfaisante, nullement prétorienne et qui serait appelée à rendre des services importants.

de la femme, la loi déroge à l'article 215 et lui permet dans l'article 6 d'ester en justice sans aucune autorisation. Puis elle prévoit l'éventualité où l'épouse, trompant la confiance que l'on place en elle, abuse-rait des pouvoirs qui lui sont confiés et s'en mon-trerait indigne. La femme ouvrière, en effet, n'est pas non plus à l'abri de tout reproche et sa passion im-moderée pour le luxe, son orgueil de conquérir l'égalité de la toilette à défaut de l'égalité de l'aisance, occasionnent aussi fréquemment la ruine du ménage que l'intempérance du mari. Celui-ci dispose alors d'une procédure rapide pour y porter remède (art. 2). Une action en déchéance peut être intentée devant le tribunal civil, statuant en chambre du conseil; et même en cas d'urgence le président du tribunal peut par ordonnance de référé, donner au mari l'autorisa-tion de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers.

Lorsque la communauté est dissoute, les biens ré-servés entrent dans le partage du fonds commun (art. 5 § 1). Mais si la femme renonce, ces biens lui sont conservés francs et quittes de toutes dettes (§ 2), et cette même faculté appartient aux héritiers en ligne directe de la femme défunte. Il ne faut pas, dit-on, que la mauvaise administration du mari fasse perdre à l'épouse le produit de son travail. Cette dis-position n'est pas exempte de critique. Si le mari fait quelques économies, la femme peut en revendiquer

la moitié, tandis qu'elle peut arbitrairement conserver la totalité de celles qu'elle a réalisées. C'est consacrer au préjudice du mari une injustice d'autant plus sensible que la fortune des époux est plus modeste et que le produit de leur travail constitue la plus grosse partie de l'actif commun. Il serait plus équitable de faire profiter le mari des biens réservés qui font partie intégrante de la communauté; la réforme devait porter sur leur administration et non sur leur répartition. Tout au plus aurait-on dû décider, qu'en cas de renonciation, la femme retirerait la moitié de ses gains au lieu d'abandonner le tout.

La loi du 16 juillet 1907 a réalisé de précieuses réformes, elle a été accueillie par des éloges unanimes et a obtenu même l'approbation des féministes, gens d'ordinaire assez exigeants. Plus de deux millions de femmes en ont bénéficié. Toutefois si cette innovation est pour la femme une importante conquête, elle ne nous paraît pas encore suffisante pour assurer sa liberté. Il faut, en outre, lui reconnaître le droit de louer ses services sans autorisation et de discuter devant les tribunaux les difficultés qui naissent de l'exécution de son contrat de travail. Ce serait sans doute en droit une grave innovation, mais ce ne serait en réalité que la sanction de la pratique journalière. Il y a utilité dans l'intérêt même du ménage à augmenter la capacité de la femme et à ne

plus l'exposer, soit au refus du mari, soit en cas d'absence de ce dernier à l'obligation de requérir l'autorisation de justice. Après avoir donné à l'épouse la liberté de ses salaires, il faut lui concéder la liberté d'engager sa personne. Et si par hasard elle veut se livrer à quelque profession que réprouve son mari, celui-ci aura la ressource, comme dans la loi précitée, de recourir à la justice. — Enfin on peut concevoir une dernière extension qui s'inspirerait du Code allemand. Ce dernier attribue à la femme en qualité de biens réservés non seulement le produit de son industrie, mais encore les effets destinés à son usage personnel et ses instruments de travail. Une telle solution admise en droit français aurait pour avantage d'accroître la protection réservée à la personnalité de la femme.

Section III

LOI SUR LA SAISIE-ARRÊT DES SALAIRES DU MARI

En assurant à la femme le droit de disposer librement de ses gains, la garantie était encore incomplète. En effet ce sont ordinairement les salaires ou émoluments du mari qui alimentent les ressources du ménage, et s'il en fait un mauvais usage, sa famille est exposée au dénûment et à la misère. Avant la loi de 1907, aucune mesure efficace n'existait pour

remédier à cette indignité du mari, souvent odieuse. Sans doute la femme était créancière d'aliments en vertu des articles 212 et 214, et elle pouvait recourir à la loi du 12 janvier 1893 pour saisir-arrêter entre les mains du patron les salaires de son époux. Mais la procédure organisée par cette loi, quoique étant une simplification de celle du droit commun (art. 558. Cod. proc.), était encore longue, coûteuse, et n'était pas accessible aux époux peu aisés. La nouvelle loi y a pourvu, et a d'ailleurs établi la réciprocité, puisque chaque époux doit contribuer à l'entretien commun, mais elle aura surtout l'occasion de s'appliquer contre le mari. Lorsque celui-ci ne subvient pas spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux charges du ménage, la femme peut obtenir du juge de paix l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher le produit du travail de son conjoint (art. 7) (1). Le mari est appelé par une lettre recommandée émanant du greffier de paix (art. 8). La simple signification du jugement faite au mari et au tiers débiteur vaut attribution à la femme, sans autre procédure, des sommes pour lesquelles la saisie-arrêt a été autorisée (art. 9). Les jugements ainsi rendus sont exécutoires

1. Cet article 7 a une portée très générale et ne se restreint pas, comme dans le projet de loi voté en 1896 au seul cas où le mari abandonnerait le domicile conjugal et laisserait sa femme avec des enfants (art. 2 du projet).

par provision, nonobstant opposition ou appel et sans caution (art. 10). La femme possède ainsi un moyen facile et rapide de forcer le mari à contribuer aux dépenses de la maison.

CHAPITRE II

Réformes possibles.

Section I.

GÉNÉRALITÉS

Les quelques améliorations dont a profité la situation de la femme commune et que nous venons d'étudier, sont jusqu'ici restées à l'état fragmentaire. Cependant on paraît très peu se soucier de les coordonner et de les compléter, car en France les questions de politique générale absorbent toute l'attention des parlementaires et, à l'égard des réformes spéciales réclamées par les mœurs, on emploie cette méthode de temporisation et de passivité qui prend, pour s'excuser, le nom de sage lenteur. Le législateur ne semble, dans notre matière, intervenir qu'à regret, et seulement lorsque les abus de notre système conjugal deviennent plus criants sur certains points. Et pourtant il ne faut voir dans les satisfactions ac-

cordées que des demi-mesures qui appellent leur complément, des étapes vers une œuvre autrement importante. D'autant plus que les réformes ainsi apportées à notre organisation matrimoniale y introduisent la confusion et que, en s'appliquant uniquement à une certaine catégorie d'individus, elles ont le caractère de lois d'exception, ce qui n'est pas conforme à l'esprit de notre droit. Il serait donc préférable d'arriver du premier coup à une législation générale et homogène. C'est une refonte intégrale qu'il est nécessaire d'envisager et de préciser. Il s'agit de remettre l'harmonie entre la lettre du code trop ancienne et des mœurs, des habitudes de vie, des états de richesse qui ont évolué. Il faut résolument aborder ce problème capital, d'une réelle difficulté et d'une non moins incontestable importance, car comme le disait Platon : « Pour que la République soit bien constituée, les premières lois doivent être celles qui règlent le mariage. »

Toutefois il faut s'entendre sur l'étendue des modifications à introduire dans notre législation matrimoniale. La communauté présente des déféctuosités indéniables qui ont été dénombrées et appréciées dans notre deuxième partie ; mais sa révision seule est nécessaire et non sa suppression, car la communauté n'est pas un système rigide, hostile à toute réforme, à toute retouche ; elle a assez de souplesse pour s'adapter aux exigences modernes. C'est un

régime d'une forte et riche vitalité et l'on sait par une expérience plusieurs fois séculaire qu'il se fait aisément aux besoins nouveaux, aux conditions changeantes de notre vie nationale française, en un mot qu'il peut se corriger sans s'altérer.

Ce n'est pourtant pas là une opinion unanime et d'aucuns pensent qu'on ne peut élargir le cercle d'action de la femme et conserver un système communautaire. On attaque surtout la communauté, parce que, étant le régime légal, elle se trouve très répandue et s'impose nécessairement aux pauvres gens. Les fiancés peu fortunés ne pouvant en effet supporter la grosse dépense d'un acte notarié (1) sont contraints (art. 1400 et suiv.) de soumettre leur union à une communauté qui ne correspond peut-être pas à leur désir tacite. Si celle-ci ne pouvait être

1. « Les contrats de mariage donnent ouverture aux droits proportionnels suivants : 1° Sur le montant net des apports personnels des époux, 0,20 0/0 (0,25 avec les décimes) (Loi du 28 avril 1893, art. 19). 2° Sur les dots constituées aux époux en ligne directe, 2 0/0 ; entre époux, 3,50 0/0 ; entre frères et sœurs, 7 0/0 ; entre oncle et neveu, 8 0/0 ; entre grand-oncle et petit-neveu, 9 0/0 ; entre parents aux cinquième et sixième degrés, 10 0/0 ; entre parents au delà du sixième degré et entre étrangers, 11 0/0 (Loi du 25 février 1901, art. 18). Pour ne citer que le tarif de Paris, les honoraires des notaires s'élèvent sur les apports à 0,50 0/0 jusqu'à 200.000 francs, et à 0,25 au-dessus ; et sur les dots à 1 0/0 jusqu'à 100.000 francs à 0,50 de 100.000 à 200.000 et à 0,25 au-dessus (Décrets du 25 août 1898). »

adoptée que par convention, sa faveur serait peut-être moindre et partant ses imperfections moins remarquées ; il serait d'ailleurs loisible aux parties de réparer par des clauses appropriées ses inconvénients les plus graves.

Cependant les régimes qu'on essaie de substituer à la communauté comme système légal ne sont pas acceptables. Certaines personnalités, comme MM. Viviani et Henri Coulon, proposent la séparation de biens, et tous les féministes sont d'accord là-dessus, « depuis les plus avancés comme M^{me} Hubertine Aulclert et M. Lucien Descaves jusqu'aux plus modérés comme MM. Émile Ollivier et le comte d'Haussonville ». Mais la séparation est contraire à l'esprit du mariage, dangereuse pour la sécurité des tiers, repoussée par les mœurs ; l'exemple des législations étrangères que l'on invoque n'est pas probant car nous savons, instruits par la fatale expérience jadis faite avec le droit romain, ce qu'il nous en coûte d'infuser à notre droit matrimonial des éléments étrangers. — De même le régime allemand, connu sous le nom d'Union des biens (*Güterverbindung*), survivance dans ce pays de l'ancienne théorie de la propriété en main commune, de la *Gesammte Hand*, n'aurait pas la faveur du public, étant presque ignoré en France. — La communauté universelle paraîtrait préférable, car elle correspond parfaitement à l'idée du mariage, en opérant cette union complète d'affections

et de patrimoines qu'enseigne la religion et qui paraît être une loi de la nature. Au point de vue psychologique il est certain que ce régime est un régime idéal, mais les mœurs lui sont hostiles ; la conservation des biens patrimoniaux est un des instincts les plus puissants du cœur humain : on admet bien l'idée modérée de communauté, mais on répugne à l'idée absolue de communisme. L'abnégation totale n'est pas un sentiment naturel et déconcerte les esprits. De plus ce régime est souvent l'occasion de graves injustices lorsque les deux patrimoines fusionnés sont de valeur inégale.

Toutes ces réformes sont donc trop radicales et leur adoption serait une tentative malheureuse. La seule innovation souhaitable et moins audacieuse serait d'accepter la communauté d'acquêts comme régime légal. Le mariage étant une association dans le présent et dans l'avenir ne doit pas produire d'effets rétroactifs. Si l'un des conjoints, possesseur d'une plus grosse fortune, veut en faire profiter l'autre, il a toujours la faculté de lui adresser une libéralité volontaire (art. 1094). La communauté des meubles et acquêts ne compte plus de partisans et elle se prête à des spéculations regrettables. Un époux grand propriétaire foncier, par exemple, et ayant un passif en proportion, n'apporte rien à la communauté mais y fait tomber toutes ses dettes, alors que son conjoint peut se trouver dans la situation inverse.

D'ailleurs la volonté nationale se manifeste sans équivoque possible en faveur de la communauté d'acquêts. En 1898 sur 82.346 contrats, 866 adoptèrent la communauté légale, et 67.288 celle réduite aux acquêts ; et si à ces derniers on ajoute ceux qui, au nombre de 4.560, admirèrent la dotalité assortie d'une société d'acquêts, on obtient un total de 71.848 pactes nuptiaux qui se prononcent pour ce régime.

La communauté d'acquêts s'impose donc avec une incontestable supériorité. Le seul obstacle qu'elle rencontre est dans la preuve des apports assez délicate à établir. Tel fut déjà le sens de l'objection que fit le conseil d'État, par l'organe de Berlier, orateur du gouvernement, à Malleville qui proposait dans la séance du 6 octobre 1803 de se séparer sur ce point de l'ancien droit. On reconnaît volontiers que c'est consacrer, avec notre communauté de meubles et acquêts, une *inelegantia juris*, mais on ajoute que ce régime a pour excuse et avantage de raréfier les discussions de famille et les procès scandaleux entre parents. Cependant la difficulté n'est pas insoluble. Nous ne pouvons entrer dans le détail de la réglementation à adopter car tout ceci déborde le cadre de notre sujet ; mais on pourrait abolir la distinction des articles 1499 et 1504 et revenir en principe aux règles de droit commun en matière de preuve, tout en laissant au juge, afin d'éviter des reprises

imaginaires, la faculté d'apprécier souverainement si les preuves présentent des conditions de sincérité suffisantes. Chaque époux aurait le droit de prouver comme il le pourrait l'origine du mobilier qu'il réclame comme propre ; faute par lui d'apporter une justification régulière, ce mobilier serait réputé acquis à la communauté.

Notre but n'est pas de rechercher quel est le meilleur régime à proposer au législateur, mais d'établir le fonctionnement de la communauté sur des bases équitables et de spécifier les caractères que doit offrir une bonne gestion. C'est ici que la réforme est vraiment nouvelle et urgente car l'administration des biens communs telle qu'elle est prévue par le Code Napoléon présente certaines particularités sérieusement critiquables dont il faut l'expurger. L'exposé de cette gestion que nous allons entreprendre se caractérise par trois grandes modifications essentielles.

Il faut tout d'abord, en conservant le pouvoir du chef de famille et son corollaire l'autorisation maritale qui sont au-dessus de toute controverse, abandonner le système disparate que les auteurs du code, s'inspirant d'un esprit inopportun d'éclectisme, ont établi et qui a pour assise de base l'incapacité foncière de la femme. C'est là le vice primordial de notre législation, très ancien dans notre droit, mais qui ne procède pas de notre véritable tradition française. Cette théorie n'existait pas au XIII^e siècle, elle n'est

apparue qu'à la suite d'une diffusion maladroite du droit romain et qui fut le point de départ d'une longue déviation de notre droit. Il n'y a entre les époux aucune supériorité ni aucune sujétion résultant de la faiblesse du sexe et on ne doit pas prendre au sérieux la boutade de Schopenhauer. La nécessité impose seulement une suprématie dont on confie l'exercice au mari. Il est destiné à jouer ce rôle par ses facultés plus énergiques, par sa meilleure entente des affaires : l'autorité maritale est un dogme naturel consacré par l'histoire, le droit et les mœurs. Mais la femme ne doit au mari que l'obéissance consciente d'un être libre et non la soumission aveugle de l'enfant ignorant et imprudent. C'est pour avoir considéré la femme comme une mineure que s'est insinuée dans notre droit cette notion fautive d'un pouvoir tutélaire permanent, dévolu en principe au mari et à son défaut à la justice. Aussi le législateur a-t-il volontairement commis un véritable contresens juridique, en entourant d'un appareil de protection ordinairement réservé aux incapables, une personne possédant naturellement une capacité totale. C'est cette théorie hybride qu'il importe de réformer. Ce n'est pas un abandon complet de l'incapacité de la femme que nous demandons, comme dans la proposition de loi Michelin, mais sa transformation en une incapacité spéciale, très restreinte et que l'on devrait, afin d'éviter toute équivoque dangereuse,

appeler dépendance de la femme mariée, car la femme non autorisée n'est pas une incapable mais une insoumise. La puissance maritale, à l'heure qu'il est, est un composé de deux éléments qu'il faut dissocier : d'une part, l'autorité du chef qui est à conserver ; de l'autre, la prétendue protection réservée à un être faible. C'est de ce dernier caractère, afin de constituer une doctrine épurée et plus logique, qu'il faut dépouiller la puissance maritale. Celle-ci a son fondement non dans une *capitis deminutio* de l'épouse mais dans l'existence d'une société. Et même depuis la loi du 6 février 1893, la subordination de la femme ne dérive plus du mariage mais de la vie légalement commune, puisque la femme séparée de corps reprend son entière capacité civile. Lorsque la dépendance de l'épouse sera ainsi ramenée aux proportions d'une simple règle de discipline intérieure, l'intervention du juge devra alors être considérée comme uniquement arbitrale et non plus comme protectrice. L'autorisation de justice, excellente lorsqu'elle doit départager deux opinions égales et contraires, est incompréhensible, accordée à une personne capable en l'absence de tout conflit.

Il ne suffit pas de restituer à la femme sa capacité, il faut encore faire apparaître d'une façon effective son droit d'associée actuellement méconnu. Si, comme on l'a dit, le droit est l'harmonie des libertés, il importe de dégager la liberté de la femme qui a jus-

qu'ici toutes les apparences de l'oppression. La collaboration dans la gestion des biens communs doit être réinscrite à nouveau parmi les premières règles de notre droit matrimonial, car la femme ne peut plus rester la victime impuissante des malversations de son mari. Certains auteurs croient avoir atteint le maximum de la générosité en faveur de la femme, en demandant tout uniment que le mari soit obligé de prendre son avis « à titre consultatif ». Mais cette intervention en quelque sorte honorifique de la femme est superflue ou insuffisante. En effet de deux choses l'une : ou bien la femme possède dans le ménage une puissance occulte avec laquelle le mari doit compter et il est alors inutile d'établir un surcroît de précaution ; ou bien les pouvoirs officiels de la femme sont nuls, et il est dans ce cas puéril de penser qu'on peut les renforcer en donnant à l'épouse le droit d'exiger une consultation officielle. La femme ne manque jamais de prodiguer ses conseils, c'est uniquement leur sanction qui est absente. Et c'est encore dans nos coutumes du XIII^e siècle que l'on doit rechercher la réforme à faire. La femme est une copropriétaire, et il est injuste de disposer de son droit sans son assentiment, elle ne doit pas être expropriée. Cette collaboration ne sera sans doute pas incessante et obligatoire pour tous les actes. Il faut repousser le système de Cambacérès et de Laurent, séduisant par sa logique impitoyable, et

basé sur l'égalité constante des droits, mais imp ratifiable de l'aveu même du premier de ces réformateurs. Il suffit d'adopter une réglementation qui ne sacrifie pas les droits essentiels de la femme, mais qui laisse au mari d'assez larges pouvoirs afin qu'il puisse exercer utilement son initiative pour la prospérité du ménage.

Enfin une dernière distinction doit disparaître de notre droit matrimonial : celle des meubles et des immeubles. Elle sert de base actuellement à la composition de la communauté et à la répartition en deux classes des pouvoirs du mari : les uns absolus, les autres modérés. Il faut faire table rase de ces principes surannés qui ne sont qu'une source d'abus et qui ne correspondent plus à l'état économique de la société moderne. En effet, c'est désormais une banalité de répéter que la maxime *Res mobilis, res vilis*, est un anachronisme. Les valeurs mobilières s'accroissent sans cesse en suivant une progression ininterrompue ; d'après M. Yves Guyot (*Science économique*, p. 129), on peut estimer les richesses des particuliers en immeubles à 123 milliards et en meubles au chiffre de 136 milliards (comprenant : meubles 66, créances chirographaires 10, fonds d'États 26, valeurs mobilières françaises et étrangères, 34) (1).

1. M. Thaller donne des chiffres différents mais qui établissent également la supériorité de la richesse mobilière : 120 milliards de meubles contre 100 milliards d'immeubles.

D'autre part, les charges toujours plus lourdes qui grèvent la terre, matière imposable par excellence et que l'on ne peut dissimuler ; les crises fréquentes qui appauvrissent l'agriculture ; la menace d'un nouvel impôt sur le revenu, inquisitorial et très complexe, tout cela contribue à déprécier lentement la propriété foncière. Le péril menace surtout les femmes qui apportent dans le ménage une dot mobilière qui, à défaut de contrat, tombe pour le tout dans la communauté, se confondant avec l'avoir mobilier du mari et abandonnée sans contrôle à sa gestion.

Ces principes généraux posés, nous allons examiner plus spécialement la réglementation de la communauté.

Section II.

NOUVEAU SYSTÈME DE GESTION

Une gestion idéale doit avoir pour objectif de déclarer la femme l'égale de l'homme dans les actes d'aliénation, son auxiliaire dans les actes d'administration et sa remplaçante indépendante lorsqu'il est empêché. Le jour où la communauté sera ainsi comprise et organisée, on pourra légitimement se féliciter d'avoir réalisé enfin ce *consortium omnis vitæ* qui, au dire de l'antiquité païenne elle-même, constitue l'essence du mariage.

1° *Actes de disposition.* — C'est principalement pour ces sortes d'actes, les plus graves, qu'il est nécessaire de réviser l'article 1421. Les époux étant des associés doivent jouir de droits égaux, analogues à ceux qui appartiennent en cette qualité aux membres de toutes les sociétés similaires. Le mari ne peut logiquement aliéner que sa quote-part, *nemo in alienum plus juris transferre potest quam ipse habet*. Une collaboration active et étroite doit être instituée, en même temps qu'un contrôle sérieux. Et en plus de cette satisfaction enfin accordée à un principe de justice, l'intervention de l'épouse aura pour effet salulaire dans bien des cas de détourner le mari d'un projet dangereux ou mal réfléchi, car la femme, qui a mieux que l'homme le souci de la famille et de l'avenir des enfants, est l'ennemie née de toutes les spéculations hasardeuses. Aucun bien ne pourrait plus sortir de la masse commune sans le consentement des deux conjoints : tout transfert de propriété, toute constitution de droit réel, toute renonciation à une succession venant à échoir à la communauté, seraient inopérants s'ils étaient consentis par un seul des époux. En matière d'immeubles, l'innovation serait beaucoup moins considérable qu'elle n'apparaît d'abord, puisque la femme intervient ordinairement pour renoncer à son hypothèque légale, sinon pour la validité, du moins pour l'utilité des actes du mari. C'est cette pratique notariale courante qu'il faut

généraliser pour un autre motif et rendre obligatoire sous la forme d'un article à peu près conçu comme l'article 1419 du Code portugais : « Les biens immobiliers.... communs ne peuvent être aliénés ni grevés de quelque manière que ce soit sans le consentement des époux. » (De même l'article 233 du projet de Code civil suisse et l'article 1454, § 1, de l'avant-projet belge.)

Pour les meubles, le principe de collaboration serait nouveau mais tout aussi facile à organiser. On y parviendrait en faisant des distinctions. Les créances civiles se transmettent actuellement par les procédés de l'article 1690 ; une convention et des significations sont nécessaires. L'opération n'est donc pas secrète et il suffirait d'imposer au tiers l'obligation, pour obtenir une cession régulière, de se munir du consentement des deux époux. De même pour les titres nominatifs : l'État ou l'établissement émetteur s'opposerait au transfert fait seulement à l'ordre du mari. La même condition serait exigée pour l'aliénation des fonds de commerce qui seraient biens communs. Pour les titres au porteur la protection serait plus difficile et la fraude plus à redouter, car leur transfert s'opère sans aucun écrit, par la seule remise. Mais on pourrait appliquer à ce cas le système de la loi du 15 juin 1872, modifiée le 8 février 1902. Le titre abusivement transmis serait considéré comme un titre volé ou perdu, et la femme qui n'aurait pas

consenti pourrait, par une simple notification faite au syndic des agents de change de Paris et à la compagnie débitrice, frapper d'opposition toute négociation postérieure.

Mais les moyens de garantie qu'offre notre droit ne sont plus suffisants pour les meubles corporels, car le mari pourrait éluder la règle de collaboration et consentir des aliénations qui seraient maintenues en vertu de l'article 2279, lorsque les acheteurs se trouveraient de bonne foi. On pourrait songer à condamner cet article et à restaurer la doctrine romaine de la revendication mobilière. Mais outre que cette réforme est directement opposée à notre tradition et aux intérêts commerciaux, elle est ici inutile. Cette restriction absolue aux pouvoirs du mari ruinerait son crédit et il lui serait impossible de pourvoir à l'administration de la fortune commune et de s'en servir comme instrument de travail. Aussi admettrions-nous que pour toute la catégorie de meubles auxquels s'applique l'article 2279, le mari conservât son droit de disposition. En cas de fraude, la femme aurait, suivant les circonstances, soit recours contre les tiers, soit action en indemnité contre le mari.

Toutefois le droit de collaboration ne doit pas devenir un moyen d'obstruction. En cas de refus de concours, comme il ne peut se former de majorité, il faudrait recourir à la justice. Le juge de paix devrait être choisi de préférence à cause de la rapidité et des

frais minimes de la procédure, et surtout parce que le désaccord à arbitrer n'a presque jamais de cause juridique, et qu'il rentre naturellement dans la compétence de ce magistrat conciliateur, appelé ordinairement à statuer en équité. Ce refus de concours serait pour la femme une protection bien supérieure à celle qui résulte pour elle de la séparation de biens qui est un procédé trop pénible et trop radical: c'est une ressource suprême en disproportion avec les simples conflits qui s'élèvent à propos de la gestion.

2° *Actes d'administration.* — On ne peut songer à maintenir la collaboration pour les actes d'administration qui sont trop nombreux et trop peu importants. Ce serait sans doute correct mais impraticable. Ce n'est pas à dire pourtant que toute l'administration doive être dévolue dans son intégralité au mari. L'erreur de la législation et de ses interprètes a été jusqu'ici de considérer le mari comme l'autorité suprême du ménage, de qui doit émaner tout pouvoir. Cette centralisation juridique est tout à fait contraire à la réalité et il est bien des cas où la femme n'est point le satellite du mari. Il faut opérer entre les époux un partage d'attributions qui soit une judicieuse explication des faits. Le mari aurait la direction générale du patrimoine et des gros intérêts, tandis qu'à la femme seraient confiés la charge des affaires quotidiennes et le soin d'organiser les dépenses suivant les besoins du ménage. Cette division

des pouvoirs est toute naturelle puisqu'elle existe déjà dans les ménages vivant en bonne intelligence. Mais pourquoi faut-il qu'elle soit considérée comme une dérogation aux règles strictes des régimes matrimoniaux ?

Le mari serait un administrateur général ayant une certaine franchise d'allures. Il pourrait disposer des meubles corporels et de l'argent liquide, consentir des baux qu'il serait peut-être opportun de limiter à un laps de neuf années. Il aurait le droit d'ester seul en justice dans tous les procès soulevés à propos de ses actes d'administration. Il pourrait également contracter des obligations. Sur ce dernier point nous ne pouvons suivre le Code portugais (art. 1419) ni l'avant-projet belge (art. 1456), qui ne rendent la communauté responsable que des dettes consenties en commun par les deux époux. Si le droit d'obliger seul les biens communs était enlevé au mari, la prospérité du ménage serait menacée, car le moindre désaccord arrêterait instantanément toutes les affaires, même les plus urgentes. Le mari est le maître responsable de la communauté et à ce titre une certaine portion de pouvoirs doit lui être reconnue. Les obligations du mari tomberont donc en communauté quant au droit de poursuite ; mais à la dissolution du régime, il y aura lieu d'opérer un règlement définitif de ces obligations et d'établir la contribution entre époux. Or le système que nous avons adopté

et qui a pour devise: l'égalité absolue des droits, condamne une disposition anormale du code actuel dans la liquidation des récompenses. Nous voulons parler de l'article 1424 qui est le siège de deux inégalités. Déjà nous avons apprécié la première qui consiste à faire tomber en communauté les obligations délictuelles du mari et non celles de la femme. La seconde résulte de l'interprétation que la jurisprudence a faite de cet article. Il y est dit que les amendes encourues par le mari pour crime se poursuivent sur les biens communs, sauf récompense. Mais quel est le sort des dépens et des réparations civiles auxquels le mari a pu être condamné? Les tribunaux qui avaient fait une première extension en interprétant le mot crime comme synonyme d'infraction quelconque, refusent d'en faire une seconde et d'admettre une récompense pour toute condamnation pécuniaire consécutive à un délit. La question est controversée en doctrine, mais au point de vue juridique la solution de la jurisprudence paraît préférable. En effet l'article 1409-2° déclare que toute dette du mari devient en principe commune et ne donne lieu à récompense que par exception. Or l'article 1424 établissant une de ces exceptions ne doit pas être étendu à des hypothèses voisines car *exceptio est strictissimi juris*. Ce système bien que présentant la meilleure explication des textes n'est pas conforme à l'équité. Si l'amende est personnelle au mari parce que

le délit lui est personnel, il doit en être de même des réparations civiles par identité de motifs ; il ne peut y avoir deux règles contraires pour deux conséquences d'un même fait et il est injuste d'en rendre la femme responsable. Il faut donc faire de ces sortes d'obligations des dettes de communauté sauf récompense, à moins d'aller encore plus loin et de déclarer, avec le Code espagnol et le Code allemand, que les conséquences des actes illicites restent personnelles à leur auteur.

Si l'intervention de la femme aux actes d'administration n'est pas décrétée obligatoire, il faut néanmoins lui réserver un droit de contrôle et pour que le mari ne rende pas ce droit inefficace en laissant sa femme dans l'ignorance, une disposition légale devrait contraindre le mari à fournir à son épouse tous les renseignements qu'elle demande sur l'état des biens qu'il gère. C'est ce que décident encore les articles 220 du projet suisse et 1374 du code allemand. En ce qui concerne le maniement des deniers communs le mari peut secrètement les détourner et les dissiper, et il paraît bien difficile de trouver un système qui ne soit pas vexatoire. On ne peut guère que recourir à des mesures préventives. La femme, en vertu de son droit de contrôle, surveillerait la réception et l'emploi des fonds communs et en cas de danger elle pourrait faire opposition entre les mains du créancier au paiement des sommes d'argent

dues à la communauté. De la sorte elle pourrait arrêter la gestion imprudente ou frauduleuse de son mari et demander la séparation de biens à un moment où la ruine n'est pas encore consommée.

Mais la protection la plus énergique à accorder à la femme et le procédé le plus sérieux de contrôle que l'on puisse établir, c'est encore d'imposer au mari, après la dissolution de la communauté, l'obligation de rendre compte de sa gestion, et de l'en déclarer responsable. Le vague principe d'agir sans fraude est manifestement insuffisant, car la fraude ne peut être découverte que si la liquidation s'effectue par des opérations régulières, des états précis et non sous la forme d'une balance générale d'actif et de passif, présentant un total brut sans détail explicatif. Sans doute le mari n'est pas un administrateur ordinaire, et il y aurait exagération à lui appliquer les principes du mandat et en particulier l'article 1992 qui le rendrait responsable de son dol et de sa simple faute. Mais si la responsabilité du mari est moins lourde, elle ne doit pas se confondre avec l'impunité et il doit fournir justification de sa conduite. Le mari ne serait pas astreint à une comptabilité minutieuse, avec pièces justificatives, ce qui serait presque impossible, étant données l'étendue et la durée de sa gestion ; on le mettrait seulement dans l'obligation de rapporter à sa femme la justification du chiffre des dépenses qu'il fait figurer dans son compte, de

prouver par tous les moyens possibles l'importance et le résultat de ses opérations, enfin de faire connaître d'une façon précise l'emploi des sommes qu'il a reçues à titre de capital et seulement d'une façon générale l'emploi des revenus. Et une fois ces indications données, ce serait à la femme à fournir la preuve d'un profit personnel retiré par le mari des biens communs. C'est ce que décide d'ailleurs déjà la jurisprudence en matière de séparation de corps et de divorce (Cour de Bordeaux, 16 février 1896, D. 99.2.385 ; Cass., 7 janvier 1890, D. 91.11.256), lorsqu'il s'agit d'interpréter les articles 342 et 343 nouveaux (art. 270 et 271 anc.), l'article 252 de 1886 et l'article 1445. M. Boistel (*Réforme sociale*, janvier 1902) propose de fixer à forfait la dépense annuelle du ménage, soit en bloc, soit par nature de dépenses, et toutes les opérations excessives qui dépasseraient ce chiffre normal engageraient la responsabilité du mari, s'il ne pouvait en justifier la quotité et l'opportunité.

D'autre part, la femme aurait dans la sphère du ménage un pouvoir indépendant d'administration. Nous avons vu que la jurisprudence admet en cette matière la théorie du mandat tacite qui s'efforce de concilier par un moyen juridique le besoin d'une activité indépendante de l'épouse et la lettre contraire du code. Mais cette jurisprudence est incertaine, extra-légale, et le principe du mandat se heurte à l'in-

vraisemblance et à de nombreux inconvénients. Il faut remplacer cette incohérence par une théorie plus harmonieuse et donner à la femme légalement ce pouvoir propre qu'elle possède à peu près en pratique. On peut hésiter sur la nature et la qualification juridique de ce pouvoir propre. L'étude comparative des législations étrangères nous offre deux systèmes entre lesquels il faut choisir.

Le Code civil allemand (art. 1357) adopte le principe du mandat légal qui est désigné sous le nom de *Schlüsselgewalt* ou pouvoir des clefs. La femme représente le mari, mais en vertu d'une délégation qui vient du législateur et non plus conventionnelle. Cependant cette théorie nous paraît encore trop restrictive, d'abord en ce qu'elle maintient le principe du mandat, et surtout en ce que la loi allemande permet au mari de restreindre selon son bon plaisir et même de supprimer le pouvoir de représentation. C'est la négation du droit de la femme et l'incertitude pour les tiers.

L'avant-projet du Code fédéral suisse est plus novateur : il proclame le principe du pouvoir propre (art. 186). La femme n'est plus la mandataire du mari, mais agit en son nom personnel et représente l'union conjugale pour les besoins courants du ménage. Elle a donc un pouvoir propre qui lui vient, non plus du mari comme dans la jurisprudence française, non plus de la loi comme dans le système allemand,

mais du mariage. C'est cette solution que nous voudrions voir triompher avec deux modifications. Le Code suisse déclare le mari seul débiteur, et la femme est déchargée de toute responsabilité. Cette restriction qui paraît prudente n'est qu'un écho de la conception si vivace et si répandue de l'incapacité féminine. Des esprits timorés ont essayé de la justifier juridiquement. Le pouvoir propre de la femme, disent-ils, a sa cause dans l'obligation imposée au mari de fournir ce qui est nécessaire à son épouse et à ses enfants, il est la sanction efficace de ce devoir ; le mari doit donc se trouver seul engagé et non la femme. Mais c'est là que gît précisément l'erreur de cette objection. On oublie trop que l'obligation de supporter les dépenses du ménage est commune aux deux conjoints ; l'article 212 décide que « les deux époux se doivent mutuellement secours et assistance », et l'article 203 spécifie nettement ce caractère de réciprocité : « Les époux, dit-il, contractent ensemble l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. » Le pouvoir propre a donc un double but ; si on le divise et si on exonère la femme, on met celle-ci dans l'impossibilité d'accomplir un devoir personnel. — Les mêmes partisans de l'irresponsabilité, après avoir reculé devant un scrupule théorique, ont opposé des raisons d'ordre pratique. Ils prétendent que l'innovation ne sera d'aucune utilité à la femme et que seuls les créanciers en profiteront.

Ceci est encore inexact, car si le mari devient insolvable, la femme qui est seulement sa représentante ne trouvera plus de crédit et sera la victime du système étroit établi par la loi, alors qu'elle possède une fortune propre peut-être considérable et qu'elle pourrait engager. Il faut donc abandonner la théorie de l'incapacité, la combattre jusque dans ses derniers retranchements et permettre à la femme de s'obliger personnellement. Sans doute cette solution entraîne des inconvénients : la femme à qui est due une récompense lorsqu'elle a été poursuivie sur ses biens propres, pourra être privée de ce recours si les dépenses ont été excessives ou si le mari tombe en déconfiture sans avoir possédé d'immeubles affectés à son hypothèque légale. Mais ces conséquences ne peuvent être écartées qu'en revenant à l'idée fausse d'incapacité ; il faut choisir, toute indépendance comporte une responsabilité et des risques.

En second lieu le Code suisse (art. 171), après avoir réservé au tribunal le droit de supprimer le pouvoir propre, autorise pourtant le mari à le restreindre. Cette distinction doit être abolie. L'autorité sociale seule, représentée pratiquement par la justice, peut porter atteinte à ce pouvoir qui n'émane pas du mari ; et afin que les tiers ne soient pas victimes d'une surprise, nous préconiserions comme moyen de publicité « le registre des biens » des jurisconsultes

allemands où toute décision judiciaire de ce genre serait relatée.

Une application partielle et malheureusement trop restreinte a été faite de ces principes dans la loi du 16 juillet 1907. La femme peut sans l'autorisation du mari contracter des obligations relatives au ménage et dont elle est responsable ainsi que le mari (arg. *a contrario* de l'art. 3 *in fine*) ; mais la femme n'est engagée personnellement que sur ses biens réservés et non sur ses propres, et il est certain qu'au cas où elle ne possède pas de salaire, la théorie du mandat reparait.

3° *Empêchement du mari.* — Le code n'a prévu qu'un seul cas d'empêchement pour lui donner une réglementation spéciale : l'absence. Il y a lieu d'y joindre l'hypothèse voisine où le mari est frappé d'aliénation mentale et qui actuellement est soumise au droit commun de la tutelle.

Lorsque le mari est en état d'absence, le législateur, nous l'avons vu, tient compte de la femme et lui confie l'administration de la communauté, si elle consent à en ajourner la dissolution. Mais pour concilier cet avènement de la femme à la direction du patrimoine avec son incapacité traditionnelle, on ne la considère que comme une mandataire du mari, possédant les mêmes pouvoirs que lui mais inapte comme auparavant à s'engager personnellement. Ayant admis en principe la suppression de l'incapa-

cité foncière de la femme, nous ne pouvons défendre le système légal. Reprenant la doctrine de Beaumanoir, il faut considérer la femme comme une associée en second qui s'efface tant que le mari est présent, mais qui au moment où la direction devient vacante doit se présenter à son tour comme chef du patrimoine en déshérence, et parler au nom de la communauté. La femme est plus qu'une mandataire, ce n'est pas la volonté d'un autre qu'elle supplée, mais la sienne propre qu'elle fait triompher. Le code lui-même n'établit pas entre ses textes une cohésion logique : lorsque le mari devient absent, la puissance paternelle est dévolue à la mère (art. 151), mais pourquoi ce droit de diriger la famille ne se complète-t-il pas de son corollaire naturel, du droit d'administrer la communauté ? Pourquoi séparer la direction morale du ménage de sa direction économique ? C'est cette inconséquence que l'on ne peut maintenir ; la femme doit prendre d'une façon autonome la gestion de la communauté et de ses biens propres, s'engager personnellement et engager la communauté, en un mot succéder à son mari.

Lorsqu'un jugement d'interdiction prive le mari de l'exercice de ses droits, nous avons dit que la tutelle pouvait être attribuée à la femme, et qu'alors celle-ci, incapable en principe d'administrer ses biens, devient pourtant capable de le faire lorsque cette administration lui est confiée sous forme de mandat.

La femme joue ainsi deux rôles qui s'excluent mutuellement. C'est une subtilité que le droit ne peut conserver. Ce système bizarre et compliqué nous paraît défectueux, d'abord par la contradiction flagrante qui vient d'être signalée, ensuite par la condition qui est imposée à la femme de se faire élire par le conseil de famille si elle veut obtenir la tutelle (art. 507).

Sur le premier point il est aisé de concevoir une réforme radicale et nullement téméraire quoique peu conforme aux traditions. Ce serait de supprimer dans ce cas la tutelle et de confier la gestion de la communauté à la femme. Il y a ici une analogie très significative avec l'absence. Dans les deux hypothèses, il y a cessation de fonctions de la part du mari, motivée soit par sa disparition matérielle, soit par l'annihilation de sa volonté, et dans les deux cas la femme, reparaissant au premier plan, par suite de l'écartement de la personnalité qui s'interposait devant la sienne, ne rencontre plus d'obstacle à prendre une attitude plus indépendante. Sans doute la comparaison ne peut se poursuivre jusqu'au bout ; il y a analogie et non identité de situations. La femme n'est pas menacée d'une dissolution immédiate de la communauté, et la gestion, si elle est confiée à un étranger, sera faite pour le profit commun et non en faveur des envoyés en possession. C'est entendu, les nécessités sont moins pressantes, et c'est peut-être pour-

quoi aucune réforme n'a encore été faite ; mais il y a pourtant d'excellents motifs à préconiser une solution franchement novatrice. D'abord elle mettra fin à cette notion incompréhensible qui consiste pour la femme à être et à ne pas être capable. En outre notre système aurait l'avantage d'accroître les pouvoirs de l'épouse, de lui appliquer les larges principes d'administration de l'article 1421 et non la gestion restreinte des articles 450 et suivants, espionnée par un subrogé-tuteur, dominée par un conseil de famille. La femme n'est pas un tiers dont par principe il faut sinon se défier, du moins stimuler l'activité ; c'est le patrimoine commun qu'elle dirige, c'est le sien. — Et naturellement, comme dans le cas d'absence, la femme recouvrerait sa capacité personnelle.

Notre proposition se trouverait pourtant en défaut sur un point. Comment régler tous les actes, autres que ceux d'administration, qui concernent les propres du mari ? Eh bien, il en serait absolument de même qu'au cas d'absence. Pour tous les actes de disposition les envoyés en possession provisoire doivent recourir à l'autorisation de justice (art. 128 et 2126). Nous préconisons la même solution. Et qu'on n'objecte pas que l'emploi de ce procédé complique la gestion ; il nous sera facile de répondre qu'au contraire il en est une simplification opportune, car s'il y avait tutelle, les formalités seraient encore plus nombreuses : il faudrait une délibération du conseil

de famille, ce qui est une source d'ennuis et de frais, et ce serait cette décision que le tribunal devrait homologuer. Nous demandons le simple autorisation de justice ; elle a même plus d'autorité que l'avis du conseil des « indifférents ».

Enfin il faut prévoir le cas où la femme refuserait de prendre la charge, en vérité assez lourde, de gérer les biens communs, ou bien se trouverait notoirement incapable de la remplir. Dans cette circonstance, il serait toujours loisible de revenir au système de la tutelle, de même qu'en cas d'absence, si la femme n'accepte pas la continuation provisoire de la communauté, on décrète immédiatement l'envoi en possession.

En attendant que cette réforme absolue soit réalisée, il serait possible d'opérer quelques modifications secondaires. C'est ainsi qu'il serait urgent de retoucher la rédaction de l'article 507. Cet article ne donne pas la certitude à la femme d'être nommée tutrice, il en fait une faculté pour le conseil de famille qui, sollicitée par la femme, « pourra » lui refuser cette fonction. On devrait rendre plus sûr l'avènement de l'épouse à la tutelle et en faire un droit pour elle. La femme, en sa qualité de compagne du mari, était déjà initiée à la gestion de la communauté, à la marche des affaires, à l'esprit des projets en exécution, à leurs espérances ; la continuation de tout cela lui serait donc facile. Elle aurait de très bonnes raisons

de considérer comme un intrus tout tiers, même revêtu de la confiance des parents, qui viendrait au foyer conjugal prendre la direction d'un patrimoine dont il ignore la plupart du temps jusqu'à la consistance. D'autre part il faut aussi considérer que les économies réalisées doivent être destinées, équitablement et légalement (art. 510), à l'amélioration de l'état de l'aliéné. Or quelle personne est plus autorisée que la femme à s'occuper des soins que nécessite la situation de son mari et à employer les revenus à obtenir sa guérison ?

Et si l'on redoute l'incapacité de l'épouse, le droit commun offre des garanties très suffisantes ; l'article 444-2° permet d'intenter une action en déchéance lorsque la personne chargée de la tutelle manifeste une trop grande incompétence. Ce que nous suggérons donc comme première amélioration, avant de demander une réforme de principe qu'il est peut-être audacieux d'espérer, c'est l'assimilation de l'épouse à la mère (art. 390), et de la femme au mari (art. 506), c'est-à-dire qu'en cas d'interdiction du mari, l'épouse soit tutrice de droit et qu'au mot « pourra » de l'article 507 on substitue le mot « devra » (la fin du même article, devenue inutile, serait supprimée). Même réduite à ce seul objet, la modification proposée ne paraît pas être en passe de recevoir de sitôt une consécration légale. En effet dans une proposition de loi assez récente, déposée sur le

bureau de la Chambre le 10 mai 1905 par M. Marc Réville, c'est précisément la réforme inverse qui est prévue. Les deux époux seraient désormais dans la même situation, mais c'est le mari qui deviendrait assimilé à la femme, et la tutelle qu'on lui confierait ne serait plus légale, mais simplement dative; le conseil de famille pourrait la lui refuser. A notre avis, c'est accroître inutilement la puissance du conseil de famille, institution déjà bien critiquée et souvent décriée; c'est surtout risquer d'énervier l'époux sain d'esprit, éconduit le plus souvent à la suite de mesquines rivalités de famille, et l'amener à créer un état de conflit dont la première victime sera le malheureux aliéné.

CONCLUSION

Notre législation matrimoniale ne peut donc plus longtemps demeurer stationnaire et conserver ses formules vieilles. De même que la société politique a évolué vers la démocratie, la société conjugale s'est acheminée vers l'égalité. Sous la loi antique, la femme avait l'homme pour maître ; sous la loi actuelle elle l'a pour protecteur ; sous la loi future elle devra l'avoir pour associé. Tel est le sens évident du progrès des mœurs et c'est à ce rôle plus digne et plus moral que la logique impérieuse qui guide les événements humains destine la femme. Plus qu'aucune autre, la femme commune a besoin d'une extension, d'un affermissement de ses droits. Cette nécessité, nous l'avons constatée et nous avons essayé d'y répondre en recherchant quelle charte nouvelle il convenait de donner aux intérêts pécuniaires conjugaux. C'est qu'en effet les garanties et les privilèges exorbitants que le Code Napoléon accorde actuellement à la femme mariée, afin de corriger son excès de

faiblesse, ne remplacent pas les avantages qu'elle retirerait d'une participation enfin reconnue aux affaires communes. La faculté de renoncer ou d'opposer le bénéfice d'émolument est une ressource insuffisante, parce qu'on ne peut y recourir ordinairement qu'après la ruine consommée. Le droit pour la femme de prélever sa part dans la communauté avant le mari et d'exercer, en cas d'insuffisance, ses reprises sur les biens de celui-ci, est parfois purement théorique, car si on suppose le mari insolvable et les biens communs dissipés, le droit de préférence ne fonctionne plus. Le système ingénieux et si vanté des récompenses est presque toujours une chimère : il est en effet bien difficile, à la dissolution de la communauté, de prouver que le mari a tiré profit d'une opération souvent habilement dissimulée et peut-être très ancienne. La séparation de biens arrive toujours trop tard, car la femme, tenue à l'écart de la gestion, ignore le mauvais état des affaires qui lui est seulement révélé lorsque la situation est désespérée et le désastre irréparable. Enfin l'hypothèque légale est un moyen de défense illusoire ; elle n'existe qu'autant que le mari ou la communauté a des immeubles ; et même dans ce cas une pratique courante fait intervenir la femme aux actes du mari afin d'abandonner son hypothèque au profit de créanciers prudents, par voie de subrogation ou de renonciation.

Tous ces correctifs sont notoirement impuissants.

L'unique remède est de répartir équitablement les pouvoirs détenus jusqu'ici par le seul mari entre les deux conjoints et d'exiger leur collaboration aux actes graves. La femme aurait, sinon les mêmes droits que l'homme, du moins des droits égaux aux siens ; elle serait sa compagne et non plus sa sujette. C'est sur cette base élargie que nous avons élaboré une combinaison neuve. Et cette réforme n'a pas qu'un intérêt purement spéculatif. Nous n'avons point à revenir sur les nombreux inconvénients qu'occasionne notre régime actuel de communauté, mais il en est un qui les résume tous et qui constitue la plus grosse menace. C'est qu'il faut prendre garde que, voyant la concubine libre dans tous ses actes et administrant elle-même sa fortune, la femme, après avoir comparé cette indépendance à la sujétion de l'épouse, n'en vienne à préférer la liberté de l'union libre à l'honneur du mariage. Une meilleure organisation de l'association conjugale, loin de ruiner le mariage, ne peut donc que lui rendre plus de sécurité et lui mériter plus de respect.

Vu : le Président de la thèse

ANDRÉ WEISS

Vu : Le Doyen,

LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	5
------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Très ancien droit.

CHAPITRE UNIQUE. — La femme dans la communauté au XIII ^e siècle.	21
§ 1. — <i>Pouvoirs de la femme</i>	22
§ 2. — <i>Influence du christianisme</i>	28

DEUXIÈME PARTIE

Ancien droit et Code Napoléon.

CHAPITRE I. — Principes	37
§ 1. — <i>Similitude de doctrine entre les deux périodes</i>	38
§ 2. — <i>Influences : Droit romain. Droit ca- non. Nécessités pratiques</i>	44
CHAPITRE II. — Situation de la femme commune . .	56
Section I. — <i>Restrictions légales aux pouvoirs de la femme</i>	57

Section II. — Autre restriction provenant de la	
<i>jurisprudence</i>	68
Section III. — Droits qui restent à la femme.	74

TROISIÈME PARTIE

Droit nouveau et réformes possibles.

CHAPITRE I. — Évolution du droit.	83
§ 1. — <i>Influences économiques et morales.</i>	85
§ 2. — <i>Lois nouvelles</i>	94
Section I. — Lois sur les épargnes	94
Section II. — Loi sur les salaires de la femme.	101
Section III. — Loi sur la saisie-arrêt des salaires	
<i>du mari</i>	116
CHAPITRE II. — Réformes possibles	119
Section I. — Généralités.	119
Section II. — Nouveau système de gestion.	130
1 ^o <i>Actes de disposition</i>	131
2 ^o <i>Actes d'administration.</i>	134
3 ^o <i>Empêchement du mari</i>	143
Conclusion	151

